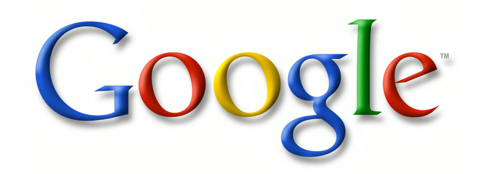



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 564 852



CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Comentado y concordado con el derecho foral vigente

EN

CATALUÑA, ARAGON, NAVARRA

Y DEMÁS TERRITORIOS AFORADOS

CON LA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Y CON LOS

CÓDIGOS CIVILES

DE LA MAYOR PARTE DE LOS PAÍSES DE EUROPA Y AMÉRICA

POR

D. LEÓN BONEL Y SANCHEZ

Juez de paz que fué en 1868
ex-auxiliar 1.° de espólios en el Ministerio de Gracia y Justicia
Promotor fiscal de entrada y de ascenso que fué, durante once años, en distintos Juzgados de 1.ª instancia
Registrador interino por espacio de un año, Juez de 1.ª instancia de entrada, de ascenso
y de término, que fué, en distintos Partidos Judiciales correspondientes
á diversas Audiencias Territoriales
Delegado por la Dirección de los Registros Civiles
para la reconstitución de algunos Registros Municipales, Juez especial en varias causas
de defraudación á la Hacienda
Abogado fiscal de la Audiencia Territorial de Sevilla
Juez de 1.ª instancia y de Instrucción del distrito de Palacio de Barcelona
primer Juez de lo Civil del Distrito del Parque de esta ciudad de Barcelona
Magistrado electo de la Audiencia de lo Criminal de D. Benito
Ex-Teniente fiscal, y Magistrado de la Audiencia Territorial de Barcelona
Miembro de varios Colegios de Abogados de la Península
Académico de la de Jurisprudencia y legislación; y de la del Derecho
de Barcelona, etc., etc.



TOMO TERCERO.—LIBRO III



BARCELONA

A. LÓPEZ ROBERT, IMPRESOR; ASALTO, 63

1890

LIBRO TERCERO

De los diferentes modos de adquirir la propiedad

DISPOSICIÓN PRELIMINAR

Art. 609. La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes, se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada é intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

Al comenzar el estudio del tercer libro de éste nuestro Código Civil, no hemos de seguir el camino de algunos publicistas, que se paran en la cuestión de nombre, y ven confusiones que importancia no tienen ante la esencia de los principios del derecho,

Este libro 3.°, empieza por un epigrafe general, que comprende todos los modos de adquirir la propiedad, y como bajo este nombre entra cuanto al sugeto del derecho pertenece ya sean cosas materiales, ya sean derechos, está perfectamente aplicado el epigrafe que bajo la propiedad comprende todo, por que tan propia es la cosa material como los demás derechos sobre las cosas.

El objeto principal de todo el libro 3.° es el establecimiento de los diferentes medios de adquirir y traspasar la propiedad.

La propiedad de las cosas se adquiere y se trasmite por diferentes medios, pero alguno de ellos, la ocupación, el más primitivo, es más bien medio de adquisición que de traspaso. Los modos ordinarios de adquirir y traspasar la propiedad son la ocupación, la donación intervivos ó testamentaria, los pactos y contratos, la accesión ó incorporación, la prescripción y la sucesión testada ó intestada.

Origen fué de la propiedad, en los primitivos tiempos, la ocupación; esto es, un hecho, de cuyo seno nació un derecho. Y hoy sin ser tan frecuente la ocupación pudiera decirse que es un hecho que entraña un derecho. Si en el órden legal no se ven más que hechos y derechos; hechos que producen derechos; derechos que dan lugar á la realización de los hechos; si en el desenvolvimiento del derecho, para que éste exista, es indispensable la existencia del *sujeto del derecho* ó personalidad actora, el *objeto del derecho* ó cosa, y *la acción* ó sea la relación jurídica entre el sujeto y el objeto del derecho; si esa relación se desarrolla por medio de hechos, es indudable que éstos son indispensables elementos á la realización del derecho; pero el hecho y el derecho son distintos entre sí; como el padre es distinto del hijo, y la causa se diferencia siempre del efecto.

Al presente, en las sociedades civiles ya formadas, cuando desenvueltas y aplicadas se hallan debidamente las nociones del derecho natural, cuando el derecho civil se ha regularizado y de él se ha formado un cuerpo legal; cuando la codificación viene á demostrar el mayor de los adelantos en la ciencia del derecho, no vemos otra cosa que hechos que producen derechos y derechos que originan nuevos hechos. Así vemos que una persona se aproxima á otra, y ésta estipula con aquélla la entrega de una cosa, mediante el pago de cierto precio: he aquí un hecho, por virtud del cual se ponen de acuerdo dos voluntades, expresado por medio de signos claros y precisos, del cual nace un doble derecho, para el vendedor, el de recibir el precio; para el comprador el de recibir la cosa vendida; así como se originan dos obligaciones recíprocas, para el vendedor, la de entregar esa cosa vendida, para el comprador la de entregar el precio estipulado. De manera que no puede darse la idea de un derecho sin la ejecución de un hecho del que dependa. Ejemplos mil se nos ocurre que podríamos exponer á la consideración de los lectores, pero que nos abstenemos de hacerlo por no ofender su ilustración.

La ocupación fué un hecho en las primeras etapas de la vida social, como lo es hoy; mas ese hecho debió producir como produciría hoy un derecho cierto, á favor del ocupante; derecho que en los primitivos tiempos estaba solamente garantido por la ley de la naturaleza y la fuerza material del ocupante, mientras que hoy lo está no sólo por la ley natural sino por el derecho civil y por los poderes públicos.

No hay que confundir las nociones del *derecho* y del *hecho*, y mucho menos las del derecho y sus garantías; pues no es lo mismo el derecho que la garantía, ni la garantía lo mismo que el derecho. El derecho en sentido constituyente por decirlo así, es la facultad de hacer alguna cosa; y si en el ejercicio de esa facultad se encontrare algún obstáculo, se opusiere alguna resistencia, viene la garantía del derecho, la que prestan los poderes públicos, dejando libre y expedito el camino del derecho que á cada particular corresponde.

Con anterioridad á la organización de las sociedades civiles, las garantías del derecho consistían en un medio moral, y un medio físico; ese medio moral era la razón natural; el medio físico lo encontramos en la fuerza del individuo que defiende su derecho.

El hombre primitivo que en las selvas vivía, cogia su fruto ó cazaba una fiera para satisfacer sus necesidades, y por la ocupación adquirió el derecho de comer la fruta ó la rés y cubrir su cuerpo con la piel de ésta; mas si ese derecho era contradicho por otro, encontraba resistencia en quien intentare arrancarle aquellos efectos de la ocupación; y entonces salían á favorecer y amparar ese derecho las dos garantías antes indicadas; una la de la razón natural que prohibe á los demás hombres que quiten lo que á otro pertenece, y otra la fuerza que el individuo ocupante emplea para contrarrestar la fuerza que se le oponga al ejercicio del derecho.

Empero, el hombre al constituirse en sociedad, suaviza sus costumbres, y va perdiendo parte de sus derechos absolutos á medida que va ganando en garantías para el ejercicio de sus derechos, lo que de éstos cede á la sociedad para armonizarlos con los derechos de los demás. Por esto vemos, que, constituídos y organizados los pueblos al presente, tienen los particulares una mayor garantía, pues además de la física y moral antes indicadas, viene en su apoyo el derecho natural traducido ya en derecho escrito, desenvuelto y desarrollado en los códigos civiles, y el poder social, la fuerza pública, que, regularizada, sustituye con ventajas, por más de un concepto, la fuerza de cada uno de los particulares y de todos ellos juntos cuyo vigor absorve para obligar á la conservación de las expeditas facultades que al que legítimamente posee la cosa, atañen.

De todo lo cual se deduce: 1.° Que la garantía y el derecho son dos cosas distintas: 2.° Que las garantías son poderosos auxiliares del derecho y de su desenvolvimiento: 3.° Que aún antes de toda ley civil y de la formación y organización de los pueblos, existían garantías si bién de índole distinta de la que sirve de antemural al derecho en la época presente, superiores en poderío y eficacia á las de los pueblos primitivos: y 4.° Que no puede establecerse como aseguraba erróneamente Mr. Chabot, que la Sociedad civil es la sola fuente de la propiedad particular, puesto que existía antes de la formación de esas grandes agrupaciones llamadas pueblos.

Así es que puede asegurarse que la sociedad civil es la que transforma la propiedad tanto en su desarrollo como en su seguridad ó en sus garantías, y en su trasmisión; que la sociedad es un gran factor para el fomento de esa propiedad; que la sociedad garantiza á cada individuo lo que posee con justo título; que la sociedad es uno de los principales elementos de la existencia de la propiedad, es una de las principales causas de su conservación, y hasta humaniza, si permitido es decirlo, esa misma propiedad, pero no es su única y verdadera fuente.

Sin repetir aqui por sistema la definición que la ley 1.ª, tit. 28, Part. 3.ª, dá de la propiedad: *Poder que ome ha en su cosa de facer de ella ó en ella lo que quisiere, segun Dios è segun fuero*: sin recordar el *jus utendi et abutendi* con que los romanos la definían empiricamente, en relación con sus efectos, no con sus causas y sus origenes; sin detenernos aqui á tratar de lo que entre los publicistas se conoce con el nombre de *dominio* internacional; sin que nos sea dable traer á nuestra humilde obra esos tesoros de riqueza intelectual que encierra en si el tratado «De la propiedad» debido á la fecunda pluma de Pothier, como la obra del eminente Proudhon sobre el «Dominio privado» á cuyo autor no se le conoce por muchos más que como el émulo de las exageraciones que se le atribuyen; sin poder tampoco detenernos á examinar las doctrinas vertidas por Demolombe, Aubry y Rau, Zacharioe, Mercadé, Pardessus, y otros; debemos, si, exponer, que, es la propiedad la reunión de todos los derechos posibles sobre una cosa; el derecho que se tiene sobre una cosa en virtud del cual se puede disponer y gozar de ella con arreglo á las leyes naturales y escritas, y que los modos de adquirirla son varios, empezando por la ocupación, ó apropiación.

La apropiación ó sea la ocupación, de la que se ocupa en primer término el art. 609, de nuestro Código Civil, no debe confundirse con la posesión. La ocupación ó aprehensión sólo tiene lugar en las cosas sin dueño, mientras que la posesión puede tener lugar lo mismo en las cosas *nullius* que en las que tienen dueño; pero en este caso se halla subordinada á las condiciones prefijadas en el titulo de la posesión.

La ocupación como uno de los medios de adquirir la propiedad, puede admitirse y como tal la consigna en primer término el art. 609 del Código Civil, mas no constituye en si el derecho de propiedad, pues como dice el fracmento 3.° tit. 1.° del lib. 41 del digesto *guod enin nullius est, id ratione naturali, ocupati conceditur*; usándose la palabra natural según la tecnologia de aquel derecho á fin de diferenciarla de otros derechos establecidos por la ley.

La ocupación implica dos supuestos; la comunidad de las cosas ó sea la cualidad apropiable de las cosas que carecen de dueño, y la obligación de los demás á respetar al primero que hallando vacante una cosa se apoderó de ella: cuya doctrina parece verse apoyada en las palabras de Cicerón: *qüemadmodum theatium cum commune sit, recte tamen deci potest ejus esse eumlocum, quemquisque ocupaverit*; á cuya aquiescencia sólo podrá llegarse por un acuerdo general; y de ésto se deduciria una verdadera convención como medio de fundar el derecho de propiedad.

No es muy aceptable el pretendido estado de comunidad, pues la primitiva comunidad de bienes envuelve una idea paradógica de la que se atribuye una propiedad común á todo el género humano, si bien su ejercicio es y debe ser necesariamente individual. Y por ello, Portalis, prevenia ó llamaba la atención

para que se desconfiase de los sistemas en que se proponía hacer la tierra común á todos, para no respetar los derechos de cada particular, pues esto es un absurdo toda vez que la idea de lo mío y de lo tuyo nace con el hombre, ejercitándola hasta el salvaje al apoderarse de los frutos que le sirven de alimento y llenan sus primeras necesidades, encontrándose en todos tiempos y en todas partes vestigios del derecho de la propiedad individual.

El segundo supuesto es la garantía del ejercicio de la propiedad que impone á los demás el deber de respetar al primero que ocupó la cosa vacante ó que carece de dueño.

En cuanto á la convención, no puede conceptuarse como fundamento de la propiedad, ni es capaz de servir de base á una comunidad que jamás existió ni pudo dar origen á una ocupación falta de toda garantía, cuando solamente el hecho material reconoce por base. Y ni esa convención puede conceptuarse apoyada en el dicho que se le atribuye á Cicerón, porque, ni metafóricamente puede suponerse que al expresar aquella eminencia lo que consignado dejamos, quisiera suponer que la plaza que cada individuo ocupe en el gran teatro del mundo era una plaza poseída ya y no apropiada. Poseída ¿desde cuándo? desde que se ocupó: no puede ser desde otra fecha. La necesidad nos impone deseos, nos estimula á realizar aquello que es necesario para satisfacer la subsistencia de la vida; y así como nuestros son los placeres que siente el alma cuando satisfechas ve sus necesidades, así también son nuestros los pesares que sentimos por las privaciones y por las contrariedades, como nuestras son, nuestras concepciones, como nuestro es cuanto con nuestro legítimo trabajo adquirimos.

Ni el pacto social de Rousseau, puede entenderse tal cual se pretende, porque incurriríamos en el mayor de los absurdos, y sería preciso una série de renovaciones no interrumpidas de aquellas convenciones para que todos los nacientes entrásen en el pacto por derecho propio, so pena de admitir una utópica sofística, absurda y despótica imposición que la civilización moderna, no puede admitir; ni las teorías de Proudhon, pueden mirarse de cierta manera, por que matarían la idea del trabajo y de la ocupación, prevaleciendo el comunismo que no tiene razón de ser ni puede ser más injusto, por cuanto conculca las ideas del mérito y del desmérito, los estímulos, y la emulación al trabajo. Si por el trabajo no se llegáse á la propiedad, por conceptuar que el dominio de la tierra, como el de la luz y el aire, no puede prescribirse; si el trabajo no lo considerásemos como una fuente de riqueza, y no se admitiése la ocupación de las cosas *nullius*, la propiedad no existiría, desaparecería la sociedad.

No está tampoco Thiers en lo firme al sentar la teoría de la apropiación por el trabajo como única fuente de la propiedad; como no lo está tampoco Bastiat, á pesar de su método y su lógica inflexible, pues al definir la propiedad parece se propone explicar un derecho con una abstracción; y rectificando lo que supone un error de los economistas, niega que los agentes naturales de la

riqueza tengan un valor propio, pues cree que con diferenciar la idea *utilidad* de la idea *valor* lo resuelve todo; y la propiedad, según él, queda reducida al valor de los servicios cambiados, los servicios recibidos y devueltos de que trata en sus «Armonías»; por esto supone que el dueño de un terreno no saca de él más que los productos equivalentes á los exfuerzos de todo género que en él ha puesto, única cosa que se llama valor y que es susceptible de propiedad: los dones naturales, los materiales gratuitos, las fuerzas gratuitas, son para él del dominio de la comunidad; y como la tendencia de la mayoria de los hombres es obtener con el menor exfuerzo, con el menor trabajo, la mayor utilidad, de aquí establece la tesis de que «la misión de la propiedad, ó el espiritu de la propiedad, es realizar de más en más la comunidad».

Algunos jurisconsultos, confundiendo el derecho con la ley que le confirma suponen que la propiedad debe su origen á la ley; y este error procede de que resuelven en el terreno de la ley lo que tratarse debe en la esfera de los principios. Las cuestiones según como se plantean tienen que resolverse, y al tratar de los origenes de la propiedad y de los medios de adquirirla, ante todo debe discutirse el asunto y decidirse la controversia empeñada en el terreno de los principios. Por más que sea lamentable expresarlo, en tal error han incurrido hombres tan eminentes como Montesquieu y Bentham, sin que ninguno de los dos hayan tratado la cuestión en el fondo. Montesquieu, en su «Espíritu de las leyes» funda en la utilidad el principio del derecho, y siguiendo los derroteros de la vida práctica, se desentiende de ciertas dificultades teóricas consignando un hecho que se ve constantemente en la vida de los pueblos; por ello expone: que, «asi como los hombres han renunciado á su independencia natural para vivir bajo las leyes politicas, han renunciado también á la comunidad natural para vivir sujetos á las leyes civiles». «Con las primeras de estas leyes adquirieron la libertad, con las segundas la propiedad». De manera que conviene tal publicista con los tratadistas de derecho natural, en suponer un primer estado en que los bienes fueron comunes, y sobre la renuncia de ese estado de comunidad funda la propiedad haciéndola nacer de las leyes civiles en las que vé el exclusivo origen del derecho de propiedad, como si tal derecho no fuese anterior á la ley escrita.

En cuestión tan trascendental fué Bentham menos explicito que de ordinario, y por suponerle en una estudiada y oscura texitura, fué objeto de criticas acerbas, que casi dieron por tierra con su reconocido crédito; considera la propiedad como una *base de esperanza*; más, en cuanto á su fundamento, se expresa en términos claros y precisos, pues dice que: «procurando averiguar la noción exacta de la propiedad, veremos que no hay propiedad natural; que es únicamente obra de las leyes; que la idea de la propiedad consiste en una esperanza establecida en la posesión de poder sacar tal ó cual ventaja de la cosa según la naturaleza del caso: que esa persuación, esa esperanza no

puede ser más que obra de la ley». Así dice el mencionado Bentham: «Yo no puedo contar con el goce de lo que miro como mío, sino bajo la promesa de la ley que me lo garantiza. La ley sola me permite olvidar mi debilidad natural..... La propiedad y la ley han nacido juntas y juntas morirán. Antes que hubiese leyes no habia propiedad: quitad las leyes, y toda propiedad acaba». Esto, como se vé sin dificultad, es confundir lastimosamente el derecho en sí, con su ejercicio, el derecho de propiedad con su garantía, y no querer comprender que las leyes todas son la garantía de los principios del derecho, y del regularizado ejercicio de cada uno de los derechos que nacen de aquellos principios. El derecho nació antes que la ley; la necesidad del derecho se sintió antes que la necesidad de la ley; tanto es así, que muchos derechos se han venido sosteniendo por la tradición ó las costumbres, por éstas han sido respetados, y más tarde la ley ha venido á regularizar su ejercicio continuando el amparo y protección que las costumbres le dispensaron.

Prescindiendo de todas estas meras teorías, más ó menos utópicas; sin detenernos á examinar las teorías de Kant, Fichte, y otros que formaron escuela, y sin extendernos en más consideraciones sobre este particular, porque más es punto filosófico que cuestión propia de una obra de esta clase, diremos únicamente que en nuestro humilde concepto la propiedad es un derecho natural en principio, cuyos orígenes en cuanto á su adquisición son varios, cuyo ejercicio está amparado por las sanas costumbres y por la ley.

No hay nada que se comprenda mejor que la idea de la propiedad: no hay sentimiento que sea más universal: no hay nada más conocido que ese sentimiento innato en el hombre, ese secreto é instintivo espíritu que nos inspira la propiedad de nuestros deseos, de nuestras obras, que nos impele á reconocer los deseos, los actos de los demás por los cuales se realiza la propiedad agena. Las ideas de lo *tuyo* y de lo *mío* que con el hombre nacen, que con él se desarrollan, esteriorizan el derecho de propiedad, explican lo que ésta significa bajo la propia conciencia de cada ciudadano, y ni las teorías negatorias de Proudhon, ni el rigorismo metafísico de la tesis sustentada por Kant, son bastantes á destruir el principio natural de la propiedad, ni los modos de adquirirla que en la vida práctica se suceden, ni serán capaces de modificar la organización del ejercicio de ese sagrado derecho.

Subgetivamente considerada la propiedad abarca las facultades que constituyen su exencia; es un elemento que complementa el ser del individuo; en las facultades individuales se descubre el origen é independencia de ese derecho: la propiedad sobre el mundo físico es el desarrollo necesario de la libertad; es el desenvolvimiento de la acción humana, puesto que sin propiedad sería nulo su poder. Así lo expone Serminier: así lo explica el célebre Savigni, representante de la escuela histórica. El hombre dejaría de ser libre ante la naturaleza si careciese del derecho de dominarla: ese derecho, ó

séa la extensión de la libertad individual sobre los objetos exteriores, es lo que constituye el derecho de propiedad.

Se relaciona la noción de la propiedad con la idea general del derecho en cuanto éste constituye el conjunto de condiciones indispensables para el desarrollo del ser inteligente; y ese fin es imposible sin el concurso de la propiedad.

Es tan elevado el concepto que de la propiedad tenemos, que no podemos menos de abrigar la más firme persuación de que sin ella, ni podríamos considerarnos árbitros de nuestros pensamientos, ni seríamos capaces de moderar nuestros deseos, ni seríamos dueños de nuestras fuerzas, ni habría en nosotros amor á la gloria, ni satisfacciones del espíritu; por la propiedad vence el hombre á la naturaleza y la hace productiva, y despúés de llevarle sus triunfos al dominio del mundo, le conduce á la satisfacción de la propia conciencia proclamandando como uno de sus orígenes la virtud del trabajo, y viendo en ella el desarrollo de la riqueza pública y el medio de satisfacer el mayor número de necesidades: es más, sin el derecho de propiedad, quedaría limitado el concepto de la personalidad humana, y los atributos de su poder serian desconocidos.

La propiedad como todas las grandes concepciones del derecho se realiza en el mundo, y tiene un mayor y más natural desenvolvimiento en la sociedad que en el individuo, porque la propiedad es una ley general para todo aquel que piense y sienta, porque su necesidad, primera condición del trabajo, es inseparable compañera de la humana especie.

Es un error suponer que se destruyen los derechos porque se individualicen; al contrario, cuantos más individuos tengan derechos análogos más potente se hace la sociedad que forman, más se asegura el orden público, y más prosperidad se establece en un pais; se limitará si algún tanto, ese derecho absoluto que algunos suponen existir, pero esas limitaciones, son las más veces el apoyo firmísimo de los mismos derechos limitados, son el resultado de la relación armónica que existir debe en toda sociedad, para que con la concurrencia de análogos derechos venga á realizarse ese gran exfuerzo que indispensable ha sido para asegurar el dominio del mundo, la regularización del poder social.

Enpequeñecen algunos la noción del derecho de propiedad suponiendo que es origen de desigualdades y de abusos, sin comprender que esas desigualdades están en la naturaleza misma, y que la mayor de las desigualdades es la igualdad absoluta, porque las cosas deben estar en relación unas con otras, y las facultades del hombre deben guardar también perfecta relación con sus actos y con los deberes que contrae. Tan absurdo es pretender la sustentación de esa igualdad absoluta, imposible en lo humano, como atribuir los abusos que en el mundo se cometen al derecho de propiedad; pues los abusos no son

hijos de las instituciones, sino de los defectos de los hombres; y por esos mismos abusos es insostenible aquella tan decantada é inverosimil igualdad absoluta: todo es relativo en este mundo; y como esos abusos, que muchos temen se despradan del derecho de propiedad, no nacen del derecho en si, sino de las genialidades de los hombres, y como no todos los hombres cometen ésos tan temidos abusos seria la mayor iniquidad que todos fuésemos iguales en el sentido que cierta escuela filosófica preconiza. No es la propiedad la que produce distinción entre pobres y ricos, como no es la salud la que da lugar á que haya enfermos y sanos: no es el derecho el que ocasiona tales efectos, es la diferente aplicación que cada uno hace de sus derechos la que motiva las diferentes situaciones de la vida práctica; es la laboriosidad ó la vagancia, la diligencia ó la pereza, la buena ó la mala fe, es la naturaleza misma la que da origen á esas diferencias; y no sólo la naturaleza sino los mismos actos humanos: asi vemos, que suponiendo dos hombres igualmente robustos, de igual edad, de igual temperamento, de igual vigor, si uno se embriaga ó tiene cualquier otro vicio de esos que influyen en la naturaleza fisiológica del individuo, se observará pronto un decaimiento en su naturaleza que dará un funesto desenlace, mientras que el otro continuará vigoroso: es más, si imitando en parte las leyes agrarias, hiciésemos un reparto exactamente igual de bienes entre diez hombres, veriamos bien pronto que á la vuelta de un año, uno conservaria y habria aumentado su caudal, mientras que otros habrían destruido cuanto se les entregó. ¿Y cuál sería la causa de esto? La naturaleza del hombre, los actos del hombre; y siendo exclusivamente suyos los actos de cada individuo, porque suyo es su organismo, suya es su libertad, suya es su voluntad, suyo su espiritu, suyo su *yo*; de aqui el que necesariamente haga suyo cuanto con su espiritu, su voluntad y sus exfuerzos crea ó modifica; y siendo desiguales esos exfuerzos y esa voluntad, se vea también la desigualdad humana, naciendo siempre de la desigualdad de los elementos que la constituyen.

Objeto constante de ataques y discusiones ha sido el sagrado derecho de propiedad en todos tiempos, por más que reconocido ha sido por todos los pueblos.

Perseguida ha sido constantemente por el odio de los desheredados de la fortuna la posesión de las tierras y de las riquezas, apoyados por las utópicas teorias de algunos filósofos desde Pitágoras hasta Mably y Babeuf, pues el comunismo preocupó seriamente al mismo Moises, á Licurgo, á Aristófanes y otros célebres hombres, lo cual revela bien á las claras el gran incremento que tomaron ciertas ideas. Y es que la idea del comunismo es tan antigua como el hombre, como la propiedad misma, por cuanto no existiria verdad alguna por axiomática que fuese sin la noción del error, ó sea de la idea contraria. Pero la legitimidad de la propiedad es indudable, puesto que si el hombre es dueño de su cabeza y de sus miembros, de su espiritu y de sus facultades, de su libre albedrio, bajo su propiedad deben caer las obras de todas esas facultades.

Mr. Michelet, hace en su obra «Del pueblo» el más esmerado análisis del cariño sencillo que el labrador tiene á su campo, cariño intenso que no puede confundirse con el de las manos mercenarias que le ayudan en su cultivo.

Y por más que algunos sabios, como Mirabeau y Montesquieu, Touchet y Troplong, con otros varios consideran la propiedad como procedente de derecho social, siguiendo en esto las teorías establecidas en el «Contrato» de Roússeau, es lo cierto que la propiedad está encarnada en el derecho natural; y así lo sostienen los más profundos pensadores, entre otros Mr. Portalis.

Lo hemos dicho muchas veces; si la propiedad no fuese una consecuencia del derecho natural, no pronunciaría el niño casi inconscientemente, palabras sacramentales que envuelven la idea de propiedad, ni se vería la universal tendencia que á conseguir tal derecho se dirige. No es la propiedad el resultado exclusivo de un convenio ó de una ley positiva, decía Portalis ante el cuerpo legislativo, sino que se halla en la constitución misma de nuestro sér, en nuestras diferentes relaciones con los objetos de que nos vemos rodeados.

Se hace por algunos un distingo equivoco, que facil es rechazar. Se dice que no debemos confundir el instinto de la propiedad con el derecho de la propiedad. Y se añade: «el instinto existe en el hombre salvaje: la propiedad no existe en la sociedad salvaje, al menos con garantías, porque la sociedad es la que da esas garantias, la que asegura el goce de la propiedad y su transmisión». Pues bien, esas ideas de salvajismo y sociabilidad son antitéticas; y no se concibe que por persona alguna sensata pueda confundirse la propiedad del hombre salvaje, con la propiedad del hombre sociable, asegurada como verdadero derecho por las garantias que la sociedad proporciona, en cambio de los derechos absolutos que el hombre cede á la sociedad en que vive, para hacer compatibles y correlativos sus derechos sociales con los de sus conciudadanos, naciendo entonces los derechos y deberes reciprocos.

Anotado queda algo de lo que en una obra de esta índole puede decirse acerca de las garantias individuales y sociales, iniciados los principios generales más dignos de sustentarse. Ahora bien, cada cual que lea adapte sus ideas y sus facultades á aquello que más conforme está con su idiosincracia.

Mr. Thiérs, decia que «en todos los pueblos por groseros y primitivos que fuesen, se ve la propiedad, primero como un hecho, después como una idea más ó menos clara según los grados de civilización á que ha llegado, pero esa idea es fija é invariable en la humanidad, porque es indispensable para la existencia de los hombres, necesaria para la sustentacion, y favorable al desarrollo del individuo, de la familia, y de la civilización.»

La propiedad y la libertad son á la vida social, lo que el oxigeno es á la respiración natural; quitad el oxigeno, y el ambiente se hace irrespirable y la circulación sanguinea se interrumpirá. Quitad al hombre la libertad, el ejercicio de su personalidad y no creará una propiedad. Suprimid si podeis la propiedad

y habreis terminado con la libertad; pues son consecuencia la una da la otra. Por esto los ingleses señalan los elementos de la vida, bajo la célebre frase: *Property and liberty* «Propiedad y libertad».

Restablécesa el desequilibrio dominical por si mismo en el desenvolvimiento y desarrollo constante de la propiedad: fenómeno tan importante de la vida no puede tener reglas fijas que eviten los inconvenientes de sus abusos, que prefijen y aseguren su regularidad; puesto que las transacciones de todo género, ya á título gratuito, ya á título oneroso, las trasmisiones intervivos ó por causa de muerte, sostienen en incesante y vertiginoso movimiento la riqueza pública; son los grandes elementos que animan la vida y los distintos medios de asimilación para satisfacer las necesidades humanas, como se aspira, apropia y asimila el oxígeno vivificador existente en la más purificada admósfera, para nutrir nuestra sangre, ponerla en circulación, ensanchar nuestros pulmones y dar vida al organismo humano en que se encierra nuestro espíritu.

Por esto, nuestro código dedica el libro tercero á los modos de adquirir la propiedad, porque el legislador comprendió la grandeza que abarca, comprendió su importancia suma; y coloca entre los primeros medios la ocupación, como el medio más primitivo, como el medio naciente cuando el hombre nace, como el medio más común en los albores de los pueblos, y que las sociedades civilizadas sostienen para determinados casos, regularizándolo con su cultura, y acomodándolo á la necesidad de la época y de los pueblos en que su ejercicio ha de sostenerse.

Pero el art. 609 de nuestro Código, no sólo nos dice que la propiedad se adquiere por la ocupación, señalando á ésta como regla general y primordial de la adquisición del derecho; sino que sienta el principio de que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquiere y trasmite por la ley, por donación, por sucesión testada é intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pero es más, comprendiendo el legislador que hay algo que sin estar en los medios anteriores comprendido, es manera práctica y corriente de adquirir la propiedad, ha dicho que la propiedad puede adquirirse por medio de la prescripción.

La propiedad tiene dos acepciones: una que también se llama dominio y expresa el derecho en sí mismo, y otras veces significa la cosa misma sobre que se tiene el derecho.

La propiedad se divide en perfecta é imperfecta; cuando el vínculo ó relación jurídica que existe entre el propietario y la cosa no está dividida, cuando ningún extraño viene á limitar el ejercicio del derecho de propiedad, es perfecta: cuando ese vínculo está dividido, cuando el ejercicio del derecho de propiedad está limitado por el derecho de un tercero, se dice que la propiedad es imperfecta. De aquí viene que se le llame nuda propiedad al dominio di-

recto de una cosa, que no va acompañado del usufructo; y plena propiedad al dominio directo y al dominio útil de una cosa reunidos en una misma persona. De manera que la plena propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, mientras que la nuda propiedad es el derecho de disponer de una cosa salvo el usufructo que á otro pertenece. Pero bien explicadas como han de quedar en este libro las teorias del dominio directo y del dominio útil, queda zanjada cualquier dificultad que acerca la propiedad en sus diferentes acepciones pueda ocurrir.

Hemos dicho repetidas veces, que no es lo que más impera en este Código, el método adecuado para tratar los asuntos que comprende, cuya falta se nota en la mayor parte de los códigos modernos; y si bien comprendemos que es difícil la razón del método en materias tan complejas como las contenidas en un Código Civil, y que tienen que repetirse algunas veces, no sólo la exposición de ciertos principios, sino teorias integras, no se comprende como al tratar de la propiedad en el libro 2.°, tit. 2.°, especialmente desde el art. 348, no se comprende, repetimos, como desde el art. 353 al 383, se ocupa el Código de la accesión, que es un verdadero modo originario de adquirir la propiedad, debiendo ocuparse, al comienzo de este tercer libro, de otro modo originario de adquirir cual es la ocupación, y continuando con la tradición, como modo derivativo de adquirirla, para terminar estudiando con la separación debida, los demás medios singulares y universales de adquirir. Lógico era que se consignasen conjuntamente todos los diversos modos de adquirir la propiedad, como lo hacia la Instituta de Justiniano y como vino imitándose en las Partidas, consignando en primer término los medios de adquirir en virtud de titulo singular, según el derecho de gentes, como la ocupación, la accesión, y la tradición, y pasando luego á los demás medios de adquirirlas á título universal; más. el método francés, al cual se han adaptado la mayoria de los modernos códigos, incluso el nuestro, es tan defectuoso, que no sólo se echan de ver la marcha anómala que hemos notado, sino que el libro 2.° al tratar del objeto del derecho ó sea de las cosas, se ocupa también de la propiedad, y se extiende en un lujo de detalles acerca del usufructo y de las servidumbres, verdaderas limitaciones de aquel sagrado derecho de propiedad, dejando para el lib. 4.° otros derechos *in re* que también son limitaciones de la plena propiedad, tales cuales son los censos, la prenda y la hipoteca; lo cual, parece que de seguir la razón del método que la lógica aconseja, debia haberse tratado con la debida separación, no sólo en lo relativo á la propiedad, su origen y medios de adquirirlos reuniéndolos todos, si no en cuanto á las limitaciones del referido derecho.

Sin que seamos en todo partidarios del método seguido por el Código de la República Argentina, no podemos menos de confesar que en cuanto á los derechos reales ha sabido tratarlos todos juntos; y que después de presentarnos, con muy buen acuerdo, cuanto se refiera á las cosas en si mismas, ó con rela-



ción á los derechos, á las cosas consideradas con relación á las personas, á la posesión y á la tradición para adquirir los derechos, viene á ocuparse de los derechos reales, del dominio de las cosas. de los modos de adquirirlo, entre los que coloca en primer término la ocupación ó apropiación, la especificación ó transformación, la accesión, el alusión, la avulsión, la plantación y edificación, la adjunción, la tradición traslativa de dominio, ocupándose enseguida de la extinción del dominio, de las restricciones y limitaciones de dominio entre las que incluye no sólo el condominio, el usufructo y las servidumbres, uso y habitación, sino que también la prenda, la hipoteca y el anticresis (arts. 2311 al 3261 de dicho Código); y luego continúa con las sucesiones testadas é intestadas. (hasta el art. 3874).

También se separan algún tanto en esta materia del sistema seguido por el Código francés, el de Uruguay, el de México, Baja California, Campeche, Veracruz-Llave, el de Chile, y el de Portugal. y el Proyecto de Código alemán. Pero de todos modos, es preciso convenir en que los medios de adquirir la propiedad comprendidos en el art. 609 de nuestro Código, son sustanciales, y su sostenimiento es general en todas las naciones; sin que sigamos nosotros por cierto derrotero á determinado públicista que sustenta la idea de que la donación no es un medio peculiar *sui generis* de adquirir la propiedad que debiera incluirse en los contratos: no estamos conformes con tal teoría, segun demostraremos en tiempo oportuno.

Nosotros defenderemos que la propiedad se adquiere por la ocupación, por accesión, por donación, por sucesión testada é intestada, por contrato mediante tradición y por prescripción; y que la donación es distinta de los contratos y de las sucesiones, por más que tenga algo de los unos y de los otros, según que la donación se haga intervivos ó *mortis causa*.

Precedentes del art. 609 de nuestro Código Civil encontramos en el art. 548, del Proyecto de Código de 1851, en el que no consignaban más medios de adquirir la propiedad que la herencia, los contratos y la prescripción; y en el artículo 606, del Proyecto de 1882, en cuyo artículo no se encuentran las palabras *mediante tradición*, que se estampan como aditamento en el artículo que de nuestro Código comentamos, sin que esta frase, de carácter romano, implique la sanción del modo especial, que el pueblo legislador por excelencia y de origen, tenía de adquirir, no concediendo al contrato más virtualidad que la de un simple título que de nada servía sin la tradición.

Tanto el Código francés como el belga, adicionan á estos medios de adquirir la accesión, y en vez de hablar de contratos como otros medios de adquirir la propiedad, expresa que éstas por efecto de las obligaciones se adquieren.

Los arts. 711 y 712 de los mencionados códigos, así lo determinan, y los del primero no sólo están en relación con los arts. 697, 718, 893, 1001, 546, 2219, y 2279 del dicho Código de Francia, sino que sus asertos se ven apoyados por varias

sentencias del Tribunal de Casación, entre otras, las de 13 de Junio de 1838, 22 de Noviembre de 1847, 2 de Febrero de 1857, 10 de Enero de 1860, y 11 de Noviembre de 1861; y en Bélgica vemos adicionadas unas leyes de 10 de Enero de 1824, sobre el derecho de superficie, consistente el 1.º en poseer edificios, obras ó plantaciones en predio ageno; y el 2.º en tener el pleno goce de un inmueble perteniente á otro, á condición de pagarle una renta mensual, sea en dinero ó en especie, en reconocimiento de su derecho de propiedad.

El art. 710 del Código de Italia, admite la donación como medio distinto de adquirir que los contratos, de la misma manera que la admiten como tal los códigos de Francia y Bélgica. En Italia se considera también como medio de adquirir la ocupación, la sucesión, las obligaciones y la prescripción.

En Uruguay, según el art. 667, de aquel país, se conceptúan como medios de adquirir la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causas de muerte, y la prescripción; y aunque á la donación y al contrato, según algunos, se les tenga por simples títulos que únicamente producen derechos á las cosas, realmente el contrato siempre y en todas partes es un medio de adquirir, como la tradición ó entrega de las cosas puede suplir á la donación en muchas ocasiones.

El art. 639, del Código de Holanda, señala como medio de adquirir la propiedad, la ocupación ó apropiación, la incorporación, la prescripción, la sucesión hereditaria y la tradición con título.

El art. 850, del Código de Veracrux-Llave, expresa sencillamente «la propiedad se adquiere por herencia, por un contrato y por prescripción».

Los Códigos de México, Chile, Campeche, Guatemala, Baja California y otros, sin contener un artículo expreso para designar los medios de adquirir, tratan de ellos. ocupándose el de Guatemala de examinar como tales la ocupación, la accesión, la prescripción, la herencia ó sucesión y las obligaciones ó contratos; el de Chile, la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión, las obligaciones y la prescripción; y los Códigos de México, Campeche y Baja California, tratan de la apropiación, la accesión, la prescripción, el trabajo, los contratos y las sucesiones, como medios de adquirir la propiedad.

Hace el Código de Portugal, de los medios de adquirir, tres agrupaciones, comprendiendo en la primera los que se verifican por la acción y la voluntad de una sola persona ó sea por actos de ocupación y de trabajo, y por la prescripción; la segunda abarca los que se realizan por hechos, voluntades y estipulaciones de dos personas, esto es por los contratos; y la tercera comprende los que se operan por acto de una persona y disposición legal entre los que se encuentra la gestión de negocios las sucesiones.

De manera que en casi todos los códigos extranjeros vemos concordancias con el nuestro en cuanto á los modos de adquirir la propiedad, aunque no dedique, como en el Código Español, un título preliminar para la designación

de esos modos de adquirir; y en todas las legislaciones de los paises civilizados, vemos coincidir en los principios fundamentales que informan esos medios de adquirir la propiedad, principios que reconocen su origen ya en la voluntad de hombres, ya en la ley, principios similares en todas las naciones, aunque en diferentes formas se expongan, pues al fin y al cabo son principios de justicia y de equidad que vive y se arraiga en el corazón de los hombres como en la razón de los pueblos.

TITULO PRIMERO

de la ocupación

Art. 610. Se adquieren por la ocupación, los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.

Es realmente la ocupación, de que trata este tit. 1.° del lib. 3.°, un medio originario de adquirir la propiedad de las cosas *nullius*, mediante su aprehesión (ú ocupación material de terreno inculto ó abandonado), con intención de adquirir dicha propiedad. Es un medio primitivo, único origen al nacimiento de los pueblos, cada vez más limitado, ó mejor dicho, cuya limitación está en razón directa de la cultura de los pueblos.

Así como en el libro segundo tratamos ya de la propiedad y dimos la definición juridica, al comentar el articulo anterior, hemos expuesto lo que Cicerón entendia por ocupación como fundamento de la propiedad. El que se apodera de una cosa vacante se hace dueño de ella; es pues indispensable para la ocupación la cualidad apropiable de las cosas que carecen de dueño, y la obligación que todos tenemos de respetar al primero que hallando vacante la cosa se apoderó de ella. Al comentar el art. 438, digimos algo de la ocupación material de la cosa ó derecho poseido, como medio de adquirir la posesión; expusimos que la ocupación ó toma de posesión podia hacerse por tradición y demostración simbólica ó por entrega de alguna señal, *sinendi modo*, la entrega de llaves de una casa, la de intrumentos ó titulos de adquisición, etc.; pues bien, hoy es la ocupación de cosas que no tienen dueño, de lo que se trata, y que confundirse no puede con la posesión.

La base 14, de la ley de 11 de Mayo de 1888, leida aisladamente sin la relación que en el Código encontramos, pudiera quizá haber suscitado dudas: más estudiadas detenidamente, no puede ofrecer duda alguna, pues no hace más que señalar la ocupación como uno de los medios de adquirir. Como uno de los medios de adquirir, dice, se definirá la ocupación, regulando los derechos

sobre los animales domésticos, hallazgo casual de tesoro y apropiación de las cosas muebles abandonadas. Le servirán de complemento las leyes especiales de caza y pesca, haciéndose referencia expresa á ellas en el Código.

Sin que nuestro Código haya llevado á sus artículos los principios y reglas más capitales relativas á la ocupación de animales libres por medio de la caza ó de la pesca, estas ocupaciones *sui generis* que por leyes especiales se regulan, encuentran nuevos preceptos respecto á los enjambres de abejas, derecho de reivindicar animales domésticos perdidos y modo de perder el dominio de los otros animales.

Precedentes del art. 610, que de nuestro Código nos ocupa, encontramos en el art. 607, de Proyecto de 1882, en el que se enumeran las cosas que pueden ser objeto de ocupación sin que nada se dijera en el anterior Proyecto de 1851: pero ya en el derecho romano encontramos el párrafo 12 de la Instituta de *rer. div. et. adq. ear. dom.* 2, 1; de la Ley 8.ª *pr. D. de adq. rer. dom.* 41, 1; en el párrafo 18 de la Instituta de *rer. div.* 2, 1; en la ley 5.ª, párrafo 2.º, Dig. de *rei. vind.* 6, 1; en las leyes 2.ª y 6.ª, Dig. de *adq. rerum dominio*, tít. 1.º. lib. 41; en la ley 1.ª, párrafo 1.º Dig. de *adq. possesr.*, tit. 2.º, lib. 41; en la ley 13, tit. 7.º, libro 41 del Dig. *pro de relicto;* en los párrafos 46 y 47 del tit. 1.º, libro 2.º de la Instituta de *rer. div.*; en la ley 58, tit. 1.º, lib. 41 del Dig. de *adq. rer. dom.*; en el párrafo 1.º de la ley 17, tit. 2.º, lib. 41 del Dig. de *adq. poss.*; en los párrafos 46 y 48 del tit. 1.º, lib. 2.º de la Inst. de *rer. div.;* en los párrafos 1.º y 2.º de la ley 21, tit. 2.º, lib. 41, del Dig. de *adq. poss.*; en las leyes 5.ª y 49 del tit. 28, Partida 3.ª

Concordancias vemos en nuestro Código con el art. 716 del de Francia, con el art. 711 del Código de Italia, con el art. 716 del de Bélgica; los artículos 2595 al 2597 del de la República Argentina; 383 del de Portugal; 668 del Uruguay; 606 y 607 del de Chile; artículos 806, 833, y 854 del Código de México; los artículos 728, 738, 758 y 755 del Código de la Baja California, los artículos 826, 833 y 854 del Código de Campeche, 542 y 543 del Código de Guatemala.

Art. 611. El derecho de caza y pesca se rigen por leyes especiales.

Por más que haya sido objeto de acerba crítica el precepto de este artículo, no tiene nada de particular: es un modo de adquirir, del cual ya se hizo alguna indicación, que regido debe estar por los principios del orden civil, y respecto del cual se hace necesaria, por su índole especial, la intervención del Poder administrativo, como medio indispensable de armonizar los intereses generales del país con los intereses de carácter privado ó particular; y por más que se diga que el Código no ha previsto el caso, de los animales fieros que á pesar de encontrarse bajo el dominio del hombre no han perdido su condición pri-

mitiva, ni esto es necesario que ocupe las páginas de un código civil, habiendo leyes especiales de caza y pesca, ni, tratándose de las reglas generales de la ocupación, necesita el que bien discurra otro criterio que el de la sana sindéresis, ni otra ley escrita que las que regulan toda ocupación; pues sabido es que los animales fieros ó salvajes mientras conservan su estado primitivo y están en libertad, sosteniendose en el campo ó en las selvas, considerados como cosas *nullius* son del primer ocupante, y que, por lo tanto, bien sea una perdiz que se caza para comer ó para dedicarla al canto ó reclamo, corresponderán al cazador ó primer ocupante cuando la caza se verifique donde éste pueda realizarla; pero si la perdiz que dedicó al reclamo se escapa del dominio del hombre y no le reconoce por instinto y doméstica costumbre como tal, volverá á adquirir la condición de salvaje y será libre mientras el antiguo ocupante ú otro cualquiera no la ocupase de nuevo, como sucederá con una boa que parezca domesticada, ó una pantera ó una foca, pues el dia que escape del dominio de su domador ó su dueño y entre de nuevo en la vida primitiva, será como antes dei primero que tenga la habilidad de cazarla en su estado primitivo y natural salvaje.

Precedentes se encuentran del articulo 611 que nos ocupa, en las leyes 17, 19, 21 y 22 del tit. 28, Partida 3.ª, que quedaron sin fuerza ni vigor desde el momento que se promulgaron el Real decreto sobre caza y pesca de 3 de Mayo de 1834; la ley de 9 de Julio de 1856, sobre privilegios privativos de caza y pesca; la ley de aguas de 3 de Agosto de 1866, en cuanto se refiera al uso de la pesca maritima; la ley de aguas de 13 de Junio de 1879, en cuanto se contrae al uso de la pesca fluvial; el Real decreto de 30 de Agosto de 1876, dando disposiciones para regular la caza y la pesca; la ley de caza de 10 de Enero de 1879, y la R. O. de 4 de Julio 1890, declarando aplicables al aprovechamiento de la pesca en aguas de dominio particular, los arts. 25 y 27 de la Ley de Caza.

También guarda relación con el art. 611, que de nuestro Código comentamos, el Real decreto de 27 de Febrero de 1880, el Reglamento de 29 de Enero de 1885, y hasta los arts. 608 y 615 del Código penal vigente. De manera, que aunque esa clase de ocupación no tuviera un carácter más bien administrativo que puramente civil, existiendo con toda su fuerza y vigor las disposiciones especiales que acabamos de citar, huelga en nuestro Código Civil cuanto se quiere decir más que las referencias expresadas.

Preceptos análogos y casi idénticos, leemos en los arts. 715 del código de Francia, en el art. 712 del Código de Italia, en el art. 715 del Código de Bélgica, en los arts. 384 al 399 del Código de Portugal, en el art. 2549 del Código de la República Argentina, en el 835 del de México, el 641 del de Veracruz-Llave, el 740 del de la Baja California, donde además de referirse á las leyes especiales, se dan algunas reglas sobre caza y sus efectos en los arts. 738 al 757; en el artículo 835 del Código de Campeche y otros varios, como el Código de Chile

en su art. 608, el de Guatemala en su art. 543, y el de Uruguay en su art. 671. 227 al 229 del de Sajonia, 641 del de Holanda, y 718 al 728 de las provincias del Báltico (Rusia): siendo de advertir que tanto en el art. 852 del Código de Campeche, como en el art. 757 del de la Baja California, como en el 852 del Código de México, se previene que los animales feroces que se escaparen del encierro en que los tengan sus dueños, pueden ser ocupados por cualquiera.

LEY DE CAZA DE 10 DE ENERO DE 1879

Don Alfonso XII, por la gracia de Dios Rey constitucio- de España. A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: que las Córtes han decretado y Nos sancionado lo siguiente.

SECCIÓN PRIMERA

CYASIFICACIÓN DE LOS ANIMALES

Artículo 1.° Los animales, para los efectos de esta Ley, se dividen en tres clases:

Primera. Los fieros y salvajes.

Segunda· Los amansados ó domesticados.

Tercera. Los mansos ó domésticos.

Art. 2.° Son animales fieros ó salvajes, los que vagan libremente y no pueden ser cogidos sino por la fuerza.

Art. 3.° Son animales amansados ó domesticados, los que siendo por su naturaleza fieros ó salvajes, se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre.

Art. 4.° Los animales amansados ó domesticados son propios del que los ha reducido á esta condición, mientras se mantienen en ella. Cuando recobran su primitiva libertad, dejan de pertenecer al que fué su dueño, y son del primero que los ocupa.

Art. 5.° Son animales mansos ó domésticos los que nacen y se crian ordinariamente bajo el poder del hombre, el cual conserva siempre su dominio.

Aun que salgan de su poder, puede reclamarlos de cualquiera que los retenga, pagando los gastos de su alimentación.

Art. 6.° Los animales fieros ó salvajes pasan á poder de los hombres por la caza.

Art. 7.° Se comprende bajo la acepción genérica de cazar, todo arte ó medio de perseguir ó de aprehender, para reducirlos á propiedad particular, á los animales fieros ó amansados que hayan dejado de pertenecer á su dueño por haber recobrado su primitiva libertad.

SECCIÓN SEGUNDA

DEL DERECHO DE CAZAR

Art. 8.° El derecho de cazar corresponde á todo el que se halle provisto de las correspondientes licencias de uso de escopeta y de caza.

Art. 9.° Este derecho puede ejercitarse en los terrenos del Estado ó de los pueblos y en los de la propiedad particular, con sujeción á lo dispuesto en esta ley.

En los terrenos del Estado ó de los pueblos que no se hallen vedados por quien corresponda, será lícito cazar, según determina el artículo 8.°

En los de propiedad particular sólo podrá cazar el dueño y los que éste autorice por escrito.

Art. 10. Todo propietario puede conceder licencia á un tercero para que utilice el derecho que le concede el artículo anterior, estableciendo las condiciones que tenga por conveniente, pero sin contrariar las de la presente ley.

Art. 11. Cuando el propietario no establezca condiciones especiales para cazar en su propiedad, se entenderá concedido el permiso con arreglo á las prescripciones de esta ley.

Art. 12. Cuando una finca pertenezca á diversos dueños, cada uno de los propietarios, por sí ó por la persona que le represente, tiene derecho á cazar; pero no podrá conceder permiso á otro que no sea su representante para que lo haga, mientras no obtenga el consentimiento de los condueños que reunan al menos dos terceras partes de la propiedad.

Art. 13. El derecho de cazar corresponde al arrendatario de la finca, si en el contrato de arriendo no se hubiese estipulado lo contrario.

Art. 14. Cuando el usufructo se halle separado de la propiedad ó la finca esté concedida en enfiteusis, el derecho de cazar corresponde al usufructuario ó enfiteuta. Cuando la finca esté en administración ó en depósito judicial ó voluntario, incumbe al administrador ó depositario la facultad de conceder ó negar el permiso de cazar.

Art. 15. Considerándose cerradas y acotadas todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes á dominio particular, nadie puede cazar en las que no estén materialmente amojonadas, cerradas ó acotadas sin permiso escrito de su dueño mientras no estén levantadas las cosechas.

En los terrenos cercados y acotados materialmente ó en los amojonados, nadie puede cazar sin permiso del dueño.

Art. 16. El cazador que, usando de su derecho de caza, desde una finca donde le sea permitido cazar hiera una pieza de caza menor que

cae ó entra en propiedad ajena, tiene derecho á ella; pero no podrá entrar en esta propiedad sin permiso del dueño, cuando la heredad esté materialmente cerrada por seto, tapia ó vallado, si bien el dueño de la finca tendrá el deber de entregar la pieza herida ó muerta.

Cuando la heredad no esté cerrada materialmente, el cazador podrá penetrar solo á cojer la pieza herida ó muerta sin permiso del dueño, pero será responsable de los perjuicios que cause.

SECCIÓN TERCERA

DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE CAZA

Art. 17. Queda absolutamente prohibida toda clase de caza en la época de la reproducción, que es en las provincies de Alava, Avila, Burgos, Coruña, Guipúzcoa, Huesca, León, Logroño, Lugo, Madrid, Navarra, Orense, Oviedo, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Santander, Segovia, Soria, Valladolid, Vizcaya y Zamora, desde 1.° de Marzo, hasta 1.° de Septiembre; y en las demás del Reino; inclusas Baleares y Canarias, desde el 15 de Febrero al 15 de Agosto. En las albuferas y lagunas donde se acostumbra á cazar los ánades silvestres, podrá realizarse hasta el 31 de Marzo.

Las palomas, tórtolas y codornices, podrán cazarse desde 1.° de Agosto, en aquellos predios en que se encuentren levantadas las cosechas.

Las aves insectívoras, que determinará un reglamento especial, no pueden cazarse en tiempo alguno, en atención al beneficio que reportan á la agricultura.

Art. 18. Los dueños particulares de las tierras destinadas á vedados de caza, que estén realmente cercadas, amojonadas ó acotadas, podrán cazar en ellas libremente en cualquier época del año, siempre que no usen reclamos ni otros engaños á distancia de 500 metros de las tierras colindantes, á no ser que los dueños de éstas lo autoricen por escrito.

Art. 19. La caza de la perdiz con reclamo queda absolutamente prohibida en todo tiempo, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 20. Se prohibe en todo tiempo la caza con hurón, lazos, perchas, redes, liga, y cualquier otro artificio, excepción hecha, de los pájaros que no sean declarados insectívoros en el reglamento que se forme al efecto y de la concesión que contiene á favor de los dueños de terrenos el art. 18.

Se prohibe igualmente la formación de cuadrillas para perseguir las perdices á la carrera, ya sea á pié ó á caballo.

Art. 21. Toda caza queda terminantemente prohibida en los días de nieve y en los llamados de fortuna.

Art. 22. Se prohibe cazar de noche con luz artificial.

Art. 23. No se permite cazar con armas de fuego sino á la distancia de un kilómetro, contando desde la última casa de la población.

Art. 24. Los dueños ó arrendatarios de propiedades destinadas á la cría de caza, pueden colocar en ellas toda clase de útiles para la destrucción de animales dañinos ó seguridad de la finca; pero en manera alguna en los caminos, veredas ó sendas de la misma propiedad.

Art. 25. Queda terminantemente prohibida la circulación y venta de caza y de pájaros muertos en toda España é Islas adyacentes durante la temporada de veda, con la sola excepción marcada en el artículo 27.

Art. 26. Los arrendatarios de montes y los que se dediquen á la industria de la saca de conejos, podrán tener hurones, previo el permiso del Gobernador civil de la provincia, el cual hará que se lleve un Registro de los que conceda.

Dicho permiso se registrará en el Ayuntamiento en que esté domiciliado el que lo obtenga, previo el pago de la contribución que corresponda por el que ejerza dicha industria.

Art. 27. El dueño de monte, dehesa ó soto que en tiempo de veda quiera aprovechar los conejos que haya en su propiedad, podrá matarlos por cualquier medio, y previa licencia escrita de la Autoridad local, venderlos desde el 1.° de Julio en adelante.

Desde esta fecha hasta que termine la época de veda, los conejos así muertos no podrán ser conducidos por la vía pública sin licencia del Alcalde del término municipal en que radiquen las tierras en que fueron cazados.

Art. 28. Unicamente podrá cazar el que haya obtenido del Gobernador civil de la provincia licencia de uso de escopeta y licencia de caza. Estas licencias sólo servirán para un año desde su fecha, y se concederán con arreglo á las leyes.

Art. 29. Sólo podrán otorgarse licencias de caza por los gobernadores de las provincias, que en ningún caso las podrán conceder gratis.

Continuarán, sin embargo, los Capitanes generales con la facultad de conceder licencias gratuitas é intransferibles de caza, únicamente á los militares en activo servicio, á los retirados con sueldo y á los condecorados con la cruz de San Fernando, cuyas circunstancias se harán constar precisamente en las mismas licencias á las que acompañará siempre la cédula personal del interesado.

Art. 30. Los propietarios ó arrendatarios de los sitios destinados á la cría de caza, pueden nombrar guardas jurados con sujeción á lo que determina el Reglamento.

Art. 31. La declaración de los guardas jurados en las denuncias que hagan con arreglo á esta ley, tendrán la fuerza de prueba plena, salvo siempre la justificación en contrario.

SECCIÓN CUARTA

DE LA CAZA DE LAS PALOMAS

Art. 32. No podrá tirarse á las palomas domésticas ajenas, sino á la distancia de un kilómetro de la población ó palomares, y aun así no podrá hacerse con señuelo ó cimbeles ni otro engaño.

Art. 33. Para evitar los perjuicios que en ciertas épocas del año pueden causar las palomas, tanto domésticas como silvestres, dedicadas á criaderos en palomar, los alcaldes de los pueblos donde existan los palomares, dictarán las disposiciones que crean oportunas, fijando las épocas en que deben hallarse cerrados.

SECCIÓN QUINTA

DE LA CAZA CON GALGOS

Art. 34. Desde el 1.° de Marzo á 15 de Octubre se prohibe en toda España é islas adyacentes, la caza con galgo en las tierras labrantías desde la siembra hasta la recolección, y en los viñedos desde el brote hasta la vendimia.

Art. 35. Los que quisieran cazar con galgos, deberán obtener una licencia especial del Gobernador civil de la provincia, previo el pago de 25 pesetas, cuya licencia solo servirá por un año desde su fecha, seis personas y diez perros.

SECCIÓN SEXTA

DE LA CAZA MAYOR

Art. 36. La veda establecida para la caza menor, comprende también á la mayor.

Art. 37. Todo cazador que hiera á una res, tiene derecho á ella mientras él sólo ó con sus perros la persiga.

Art. 38. Si una ó más reses fuesen levantadas y no heridas por uno ó más cazadores ó sus perros, y otro cazador matase una ó más de aquellas durante la carrera, el matador y los compañeros que con él estuvieran cazando, tendrán iguales derechos á la pieza ó piezas muertas que los cazadores que las hayan levantado y persigan.

SECCIÓN SÉPTIMA

DE LA CAZA DE ANIMALES DAÑINOS

Art. 39. La caza de animales dañinos que determinará el reglamento es libre en los terrenos del Estado ó de los pueblos y en las rastrojeras de propiedad particular no cerradas ó amojonadas; pero en los cercados, pertenezcan á pueblos ó á particulares, no será permitida sin licencia escrita de los dueños ó arrendatarios.

Art. 40. Los Alcaldes estimularán la persecución de las fieras y animales dañinos, ofreciendo recompensas pecuniarias á los que acrediten haberlos muerto.

Al efecto incluirán entre sus gastos obligatorios la correspondiente partida en el presupuesto municipal de cada año.

Art. 41. Cuando las circunstancias lo exijan, los Alcaldes, previa autorización del Gobernador civil de la provincia, podrán obtener batidas generales para la destrucción de animales dañinos y el envenenamiento de éstos.

Tomarán las medidas necesarias para la seguridad y conservación de las personas y de las propiedades, el modo, la duración, el orden, y la marcha de la operación, y todas las demás que sean necesarias para asegurar la regularidad y evitar los peligros y los inconvenientes.

Art. 42. Las batidas y los envenenamientos serán dirigidos por personas peritas que nombrarán las autoridades administrativas, y se anunciarán durante tres días consecutivos por medio de bandos en el pueblo, en cuyo término haya de tener lugar, y en los pueblos colindantes.

Art. 43. El resultado se pondrá en conocimiento del Gobernador civil de la provincia, por medio de un informe en el que se consignarán todas las observaciones necesarias á dar cuenta exacta de la forma en que se ha llevado á efecto la operación.

SECCIÓN OCTAVA

PENALIDAD Y PROCEDIMIENTOS

Art. 44. La acción para denunciar las infracciones de esta ley es pública.

Queda absolutamente prohibida la venta de caza viva ó muerta durante el tiempo de la veda.

Los contraventores serán castigados con la pérdida de la caza que se encuentre en su poder, la cual se repartirá por mitad entre el denunciante y el agente de la autoridad que hiciere la aprehensión, procediéndose en estas denuncias en conformidad á lo dispuesto en los dos artículos siguientes 45 y 46 de esta ley.

Art. 45. Las denuncias por infracciones de esta ley se sustanciarán forzosamente á los ocho días de formalizadas, bajo la responsabilidad del Juez municipal, al cual tendrá la obligación de dar recibo al denunciante de la fecha en que la admite.

Art. 46. Las referidas denuncias se sustanciarán, en juicio verbal de faltas, oyendo al denunciador, al Fiscal y al denunciado si se presenta, recibiendo las justificaciones que se ofrezcan y pronunciando en el acto la sentencia, consignándolo todo en un acta que firmarán los concurrentes y el Secretario.



Cuando la sentencia sea condenatoria, se impondrá el pago de las costas al denunciado.

Art. 47. En las infracciones de esta ley se impondrá siempre la pérdida del arma ó del objeto con que se pretenda cazar. El arma podrá recuperarse mediante la entrega de 50 pesetas en papel de pagos.

Art. 48. En todo caso el infractor será condenado á la indemnización del daño, según tasación pericial, á la pérdida de la caza, y á una multa que por primera vez será de 5 á 25 pesetas, por la segunda, de 25 á 50, y por la tercera, de 50 á 100, siempre en papel de pagos.

Art. 49. El insolvente en el pago de esta multa, sufrirá un día de arresto por cada dos pesetas y 50 céntimos que deje de satisfacer.

Art. 50. El que entrando en propiedad ajena sin permiso del dueño sea cogido infraganti con lazos, hurones ú otros ardides para destruir la caza, será considerado como dañador, y entregado á los tribunales ordinarios, para que le castiguen con arreglo al artículo 530 del Código penal.

Art. 51. Toda persona que destruya los nidos de perdices y los demás de caza menor, será condenada en juicio de faltas á pagar de 5 á 10 pesetas por primera vez, de 10 á 20 pesetas la segunda, y de 20 á 40 la tercera. El que en tiempo de veda destruya los nidos de las aves que el reglamento especial considere útiles á la agricultura, será castigado la primera vez con una multa de á 5 pesetas, la segunda de 5 á 10, y la tercera de 10 á 20.

Art. 52. El que por más de tercera vez infrinja las disposiciones de esta ley, será considerado reo de daño, y entregado á los Tribunales para que como tal se le juzgue.

Art. 53. Los padres, representantes legales y amos de los infractores, serán responsables civil y subsidiariamente por las infracciones que cometan sus hijos, criados ó personas que estén bajo su poder.

Art. 54. La acción para impedir las infracciones de la presente ley prescribe á los dos meses de haberlas cometido.

DISPOSICIONES GENERALES

Primera. Queda á cargo de la Guardia civil, que por su instituto ejerce vigilancia en el campo y despoblado, el cumplimiento de esta ley en todas sus partes.

Segunda. El Gobierno de S. M. publicará los reglamentos necesarios para la ejecución de la presente ley.

Tercera. Toda licencia de caza llevará impresos en el reverso los artículos de esta ley y del reglamento que se consideren necesarios.

Cuarta. Los gobernadores de provincia tendrán obligación de publicar quince días antes de empezar y concluir el tiempo de la veda, edictos recordando el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Quinta. Quedan, en su virtud, derogadas todas las ordenanzas,

pragmáticas, reglamentos, decretos, y leyes anteriores á ésta en cuanto se refieran á la caza.

Por tanto:

Mandamos á todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes.

Dado en palacio á 10 de Enero de 1879.—Yo el Rey.—El Ministro de Fomento, C. Francisco Queipo de Llano. (*Gaceta* del 13.)

La ley de caza de 10 de Enero de 1879, no determina las clases de animales dañinos reservándolo para el reglamento que debía haberse publicado; más como hasta la fecha no se haya hecho, creemos que las disposiciones del Real decreto de 3 de Mayo de 1834 referentes á esta materia, subsisten todavía en vigor por más que como es sabido haya sido derogada en parte el repetido decreto por la mencionada ley de caza: y por ello consignamos el contenido de aquellas disposiciones que creemos quedan hoy en vigor y son las siguientes:

Art. 29. Para fomentar el exterminio de los animales dañinos se pagarán á las personas que los presenten muertos, por cada lobo 40 reales, 60 por cada loba, 80 si está preñada, y 20 reales por cada lobezno, y la mitad respectivamente por cada zorro, zorra ó zorrillo y la cuarta parte también respectivamente por las garduñas y demás animales menores arriba expresados, tanto machos como hembras y sus crías.

Art. 30. Los que tengan derecho á las precedentes recompensas, presentarán á la justicia el animal ó animales muertos, y la justicia les entregará la cantidad correspondiente bajo recibo.

Art. 31. Estos recibos, junto con las colas y orejas de los lobos y zorras, y las pieles de las garduñas y demás animales arriba expresados, serán los documentos que han de presentar las justicias en la capital de provincia para justificar en sus cuentas los artículos de esta clase, que no se les abonarán sin estos requisitos.

Art. 32. Para el pago de las expresadas recompensas en los pueblos queda destinada la mitad de las penas pecuniarias impuestas á los infractores de todas las disposiciones contenidas en los artículos anteriores, inclusas las relativas á palomares, como así mismo la mitad de las que se cobran por cualquier infracción de las que se expresan en los títulos siguientes sobre la pesca.

Art. 33. Si el importe de la mitad de dichas penas no alcanzan á cubrir el de las recompensas, los cazadores podrán reclamarlas en la oficina general de propios de la provincia, presentando certificación de la justicia junto con los despojos ó pieles de los animales.

Art. 34. Si de la mitad de las penas, sobrase para pagar las recompensas, el resto se agregará á la masa de arbitrios comunales del pueblo.



Con el fin de dar unidad á las disposiciones sobre licencias para usar armas y para el ejercicio regular de la caza y de la pesca, dictadas en distintas épocas con variado criterio, y para armonizarlas con lo que preceptúa la ley de presupuestos relativamente al pago de impuesto sobre aquellas autorizaciones, se dió el Real decreto de 10 de Agosto de 1876, cuyo contenido es el siguiente:

Art. 1.° Nadie podrá usar armas de cualquier clase que sean, ni dedicarse al ejercicio de la caza ó de la pesca, sin haber obtenido la correspondiente licencia, expedida por la autoridad competente, con sujeción á las condiciones que prescribe este decreto.

Art. 2.° Corresponderá á los Gobernadores, bajo su responsabilidad, previos los informes que juzguen necesarios y ateniéndose á lo que sobre el particular disponen las leyes, conceder licencia para uso de armas, para cazar y para pescar.

Art. 3.° Habrá seis clases de licencias: (1)

Primera. Para uso de todo género de armas.

Segunda. Para uso de armas de fuego con destino á la defensa de la propiedad rural.

Tercera. Para uso de armas de fuego de bolsillo, pistola ó revolver, con destino á la defensa personal fuera de poblado.

Cuarta. Para uso de armas de igual clase y con el mismo destino dentro de poblado.

Quinta. Para uso de armas de caza y para cazar.

Sexta. Para pescar en los rios, lagunas, estanques y charcas.

Art. 4.° Podrán obtener las licencias de la clase primera, todos los españoles mayores de 25 años, Jefes de familia y contribuyentes al Estado por cualquiera cuota directa, exceptuados sin embargo los procesados criminalmente y los que hayan sufrido condena.

Art. 5.° Podrán obtener las licencias de las clases segunda, tercera y cuarta, todos los españoles mayores de 20 años, como no se hallen comprendidos en las excepciones del artículo anterior.

Art. 6.° Podrán obtener las licencias de la clase quinta:

Primero. Los que tengan aptitud para obtener la de las cuatro clases anteriores.

Segundo. Los jóvenes menores de 20 años y mayores de 15, á quienes garanticen por escrito ante la autoridad los padres ó tutores.

Art. 7.° Podrán obtener las licencias de la sexta clase, todos los españoles sin excepción.

Art. 8.° A la concesión ó negativa de licencias de uso de armas, caza y pesca, precederá instancia en el papel del sello correspondiente, la cual después de decretada por el Gobernador y anotada en el especial de licencias, quedará archivada en el Gobierno de provincia.

---

(1) Véase la R. O. Circular de 2 Marzo de 1888 que se inserta en la página 32 donde se consigna la modificación de este artículo por el 71 de la Ley de 31 Diciembre de 1881 sobre la renta del timbre, según el cual las licencias de caza se extenderán en timbre de 25 pesetas, en el de 10 ptas. las de uso de armas, y en el de 5 ptas. las de pesca.



Art. 9.° Los Gobernadores civiles podrán conceder á los funcionarios activos de la Administración del Estado, de la provincia ó del Municipio autorizaciones para usar toda clase de armas, cuando hubiesen de guardar ó conducir caudales ó cuando el servicio lo reclame. Estas autorizaciones no serán valederas fuera de los actos del servicio, ni durarán mas que el que éste dure.

Art. 10. Los Alcaldes de los pueblos, darán parte á los Gobernadores, cuando sea necesario levantar somatenes, perseguir á malhechores ó conducir presos, podrán así mismo facultar para el uso de toda clase de armas á las personas que presten aquellos servicios, y solamente por el tiempo que los presten.

Art. 11. Los individuos del cuerpo de Orden público, los guardias municipales y los de resguardos especiales, podrán usar armas blancas y de guerra con el permiso de los Gobernadores civiles.

Art. 12. Cuando las provincias sean declaradas en estado de guerra, las Autoridades militares, si lo creen conveniente, visarán todas las licencias de uso de armas que hayan expedido ó expidan los Gobernadores civiles.

Art. 13. Para casos extraordinarios y por motivo de orden público, quedan los Gobernadores de las provincias facultados para declarar en suspenso todas las licencias de uso de armas que hubieran concedido.

Art. 14. Las licencias á que se refiere este Decreto, serán personales é intrasmisibles.

Art. 15. Incurrirán en responsabilidad, por infracción de las disposiciones contenidas en este Decreto.

Los que careciendo de licencia usen armas, cacen ó pesquen. Los que hagan uso de licencia que no les pertenezca. Los que sin autorización de cuarta clase para usar armas, las tuviesen ó emplearan blancas ó reglamentarias de guerra. Los que solo con licencia de segunda clase usen armas fuera de las propiedades para cuya defensa les fueron concedidas. Los que teniendo licencia de arma de fuego de bolsillo para fuera del poblado, la usen en el interior de las poblaciones. Los que cacen en tiempo de veda ó en parajes expresamente prohibidos. Los que lo hicieren con hurón ó lazo, ó por cualquiera otro medio ilícito. Los que para pescar envenenaren ó enturbiaren las aguas, ó empleasen mechas ó cartuchos de dinamita.

Art. 16. Los que incurran en cualquiera de los cinco primeros casos de responsabilidad señalados en el artículo anterior, perderán las armas ó los aparatos de pesca, y las licencias propias ó ajenas que llevaren, y pagarán una multa equivalente al duplo del valor de la licencia que hubiera necesitado para hallarse en condiciones legales. Los que incurran en cualquiera de los tres últimos casos de responsabilidad del artículo precedente, perderán asimismo las armas ó los aparatos y las licencias que llevaran, y pagarán una multa discrecional, no menor de 40 pesetas,

ni mayor de 150. En todos los casos de insolvencia, procederá la prisión subsidiaria. Los que reincidan en las faltas que señala el art. 15, serán considerados en los cinco primeros casos, como defraudadores á la Hacienda pública, y en los tres últimos como infractores de las ordenanzas de caza y pesca, y sometidos por consecuencia, á los Tribunales competentes.

Art. 17. Las licencias de armas, caza y pesca, tendrán la forma de tarjetas talonarias de diferentes colores, según las clases; serán valaderas por un año, y elaboradas, con las seguridades y garantias necesarias, en la Fábrica Nacional del Sello.

Art. 18. Serán expedidas únicamente en las administraciones económicas de las provincias, y costarán: las de primera clase, 80 pesetas; las de segunda clase, 50 pesetas; las de tercera clase, 40 pesetas; las de cuarta clase, 30 pesetas; las de quinta clase, 20 pesetas, y las de sexta clase, 5 pesetas.

Art. 19. Las Autoridades y sus delegados, muy especialmente la Guardia civil, tienen el deber de hacer que se cumpla cuanto queda preceptuado, y nadie consentirá que se use armas, cace ó pesque sin la debida licencia, cuya presentación exigirán siempre que lo crean oportuno.

Art. 20. Quedan derogadas todas las disposiciones dictadas hasta la fecha sobre concesión de licencia de uso de armas, de caza y de pesca.

ARTÍCULOS ADICIONALES

Primero. Las licencias que existan concedidas á la publicación de este Decreto, caducarán á la fecha de su vencimiento si fueren de pago; si fueren gratuitas, en el día siguiente al en que se publiquen estas disposiciones.

Segundo. Desde la publicación de este Decreto hasta que las tarjetas talonarias se hallen disponibles en las Administraciones económicas, podrán los Gobernadores civiles conceder licencias con arreglo á lo preceptuado en esta fecha, disponiendo que sean extendidas en papel sellado de precio equivalente al valor de aquellas, según sus clases.

Tercero. El Ministro de la Gobernación, de acuerdo con el de Hacienda, dictará las reglas necesarias para la fácil y cómoda expedición de las tarjetas-licencias y para la ejecución de este Decreto.

Dado en San Ildefonso á diez de Agosto de mil ochocientos setenta y seis.

Alfonso.—El Ministro de la Gobernación, Francisco Romero Robledo. (*Gaceta* del 14).

En circular de 5 de Febrero de 1881, se dispone, que los alcaldes remitan á la Dirección general los estados mensuales de las correcciones impuestas y recomendándoles el mayor celo y rigor en la extricta observancia de la veda. En otra circular de 14 de Marzo del mismo año, se hacen prevenciones á los



gobernadores de provincia para el más exacto cumplimiento de la ley de caza en tiempo de veda: y á continuación insertamos las últimas disposiciones que se refieren á la materia.

Real Decreto de 6 de Eebrero de 1884.—estableciendo que desde la publicación de la vigente ley de caza, de 10 de Enero de 1879, corresponde á los Tribunales juzgar las infracciones que se cometen en la materia. En este R. D. se hace méritos de varios preceptos de ley, en la siguiente forma.

Visto el art. 76 de la Contitución vigente, que determina que á los Tribunales y Juzgados corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones, que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado:

Visto el art. 3.° del R. D. de 10 de Agosto de 1876, que establece el número de clases de licencias de uso de armas que en dicha disposición se establecen, la quinta de las cuales es para el uso de armas de caza y para cazar.

Visto el art. 46 de la ley de caza de 10 de Enero de 1879, que fija el procedimiento que debe seguirse para penar las infracciones de la misma ley, el cual es el juicio verbal de faltas:

Visto el art. 47 de la ley citada, que declara que las infracciones que de ella se cometieran, se impondrá siempre la pérdida del arma ú objeto con que se pretenda cazar, el cuàl podrá ser recuperado mediante la entrega de 50 pesetas en papel de pagos:

Considerando: 1.° Que desde la publicación de la ley de caza de 10 de Enero de 1879, quedaren derogadas las facultades de los gobernadores para penar las infracciones del R. D. de 10 de Agosto de 1876 en lo que se relaciona con la caza.

2.° Que siendo de la competencia de los Tribunales ordinarios juzgar de dichas infracciones, á ellos corresponde ejecutar lo juzgado, según el art. 76 de la Constitución.

3.° Que no teniendo el Gobernador facultades para penar la infracción cometida, y debiendo hallarse á disposición del juzgado el arma con que se cometió la infracción, al mismo corresponde la devolución de ellas.

Dado en Palacio á 6 de Febrero de 1884.—Alfonso.—El presidente del Consejo de Ministros, Antonio Cánovas del Castillo.

(*Gaceta* 14 de Febrero).

Caza.—(*Militares*).—Real decreto de 16 de Marzo de 1887 haciendo extensivo á los capitanes generales de Ultramar la facultad de expedir licencias de caza á los militares en activo servicio y retirados con sueldo.

(Guerra)...... Vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° Se hace extensivo á los capitanes generales de las islas

de Cuba y Puerto Rico la facultad que concede á los de la Península el art. 29 de la ley de 10 de Enero de 1879 para pedir licencia de caza á los militares en activo servicio, retirados con sueldo y condecorados con la cruz de San Fernando.

Art. 2.° Con el fin de que dichas licencias resulten verdaderamente gratuítas para los militares y demás indivíduos que tienen derecho á ellas, con arreglo á lo dispuesto en el art. 21 de la ley de caza de Ultramar, se exceptuarán del uso del timbre del Estado, establecido por el Real decreto de 5 de Febrero de 1886 para las licencias de caza en general.—Dado en Palacio á 16 de Marzo de 1887.=MARÍA CRISTINA.—El Ministro de la guerra, *Manuel Cassola*.—(*Gaceta* 17 Marzo).

Por Real Orden de 2 de Marzo de 1888, se previno á los gobernadores de provincias las mas rigurosas observancias que deben procurar de las prescripciones de la ley de caza respecto á veda; en cuya Real Orden se contiene el último apartado siguiente: «Por último, reformado por el art. 71 de la ley de 31 de Diciembre de 1881, sobre la renta timbre del Estado, el art. 3.° del Real decreto de 10 de Agosto de 1876, sobre licencias de usar armas, y para el ejercicio regular de la caza y de la pesca, y no existiendo ya, con arreglo á la primera de las disposiciones citadas, más que una clase de licencias en vez de las cuatro que antes se expedían, se servirá V. S. hacerlo entender así á los agéntes de la autoridad á fin de impedir que éstos, como ya ha sucedido en algún caso, creyendo vigente el referido decreto en su mencionado art. 3.°, exijan la presentación de licencias de diversas clases que en la actualidad no existen.

De Real orden, etc.—Madrid 2 de Marzo de 1888.—*Albareda*.—Sr. Gobernador de la provincia de.....»—(*Gaceta* 7 Marzo).

Caza.—(*Posesión ó tenencia de hurones*).—El nuevo hecho de tener un hurón sin permiso del gobernador, no es posible, salvo que el poseedor sea arrendatario de montes ó se dedique á la industria de saca de conejos.

(28 Diciembre 1888).—Aprehendidos dos hurones, pertenecientes á otras tantas personas, fueron condenadas éstas como responsables de la falta que castiga el art. 26 de la ley de caza. D. Gregorio Rizo, uno de los interesados, recurrió en casación contra la sentencia, invocando el art. 849, núm. 1.° de la ley de Enjuiciamiento criminal, y citando como infringidos los 26, 47 y 48 de la ley de caza y el 1.° del Código penal. El Tribunal Supremo, siendo ponente D. Mateo de Alcocer, casa y anula el fallo impugnado sentando la siguiente doctrina.

«Considerando que por el mero hecho de tener un hurón sin permiso del Gobernador civil de la provincia, y por lo mismo sin que se haya anotado ese permiso en los oportunos registros, no se incurre en la responsabilidad que señalan los arts. 47 y 48 de la ley de caza vigente, porque sean cuales fueren las prevenciones hechas á las autoridades superiores gubernativas de las provincias en la Real orden de

14 Mayo de 1881, no derogó ni pudo derogar el art. 26 de la expresada ley de caza, que sólo obliga al cumplimiento de aquel requisito, á los que tengan dichos animales y sean arrendatarios de montes ó se dediquen á la industria de la saca de conejos. Sala 2.ª. Sentencia de 28 Diciembre de 1888. (*Gaceta* 1.º Mayo 1889).

REAL DECRETO DE 3 DE MAYO DE 1834
Sobre la caza y la pesca

TÍTULO V

DE LA PESCA

36. Los dueños particulares de estanques, lagunas ó charcas que se hallen en tierras cercadas están autorizados, en virtud del derecho de propiedad, para pescar en ellos durante todo el año sin sujeción á regla alguna. Se entienden por tierras cercadas en este título y en todos los demás del presente decreto, las que lo estén enteramente, y no á medias ó aportilladas, de suerte que no puedan entrar las caballerías.

37. Los dueños podrán, en virtud del mismo derecho de propiedad, comunicar estas facultades á sus arrendatarios en los términos que entre ellos se estipule.

38. Se prohibe á los dueños particulares y arrendatarios de estanques y lagunas que se hallen en tierras abiertas, aunque estén amojonadas, pescar en ellas envenenando ó inficionando de cualquier modo el agua, de suerte que pueda perjudicar á las personas ó á los animales domésticos que la bebieren.

39. Si las lagunas y aguas estancadas lindasen con tierras de varios dueños particulares, podrá cada cual pescar desde su orilla con sujeción á las reglas generales establecidas; pero poniéndose los dueños de común acuerdo, podrán pescar con arreglo á los tres artículos precedentes, como si fuera uno sólo el dueño.

40. En las aguas corrientes á que sirvan de linde tierras de propiedad particular, podrán los dueños de éstas pescar desde la orilla hasta la mitad de la corriente con sujeción á las restricciones de ordenanza. Y nadie podrá hacerlo sin su licencia. (1).

---

(1). Cuando fuere necesario, pueden cousultarse los arts. 14 y 15 de la Ley de aguas de 3 de Agosto de 1866, referentes al uso para la pesca de las marítimas, y también de la de 13 de Junio de 1879 los artículos 129 y siguientes hasta el 133 inclusive, que se contraen al ejercicio de las aguas públicas para la pesca flúvial: advirtiendo que exacta redacción tiene en la ley de 7 de Mayo de 1880 el art. 11 al 15 de la de 3 de Agosto de 1866.

41. En las aguas corrientes, cuyas riberas pertenecen á propios, podrán los Ayuntamientos arrendar la pesca con la aprobación del subdelegado de la provincia, y los arrendatarios podrán dar á otros licencia para pescar, pero todos estarán sujetos á las restricciones expresadas.

42. En las aguas corrientes, cuyas orillas pertenezcan á baldíos, ó á propios, en el acto de no estar arrendada la pesca, se declarará ésta libre hasta la mitad de la corriente para todos los vecinos del pueblo á cuyo término pertenezcan las orillas, y no á los de otros pueblos, aunque tengan comunidad de pastos. Las justicias podrán dar licencia para pescar á los forasteros; pero tanto éstos como los vecinos, estarán sujetos á las restricciones designadas.

43. En los ríos y canales navegables se ha de entender que las facultades de los dueños y arrendatarios, expresadas en los tres artículos precedentes, han de ser sin perjuicio de la navegación y de las servidumbres á que con motivo y á beneficio de ellos están sujetas las tierras riberiegas.

44. En los canales de navegación y de riego, como asimismo en los cáuces y acequias para molinos ú otros establecimientos industriales ó de placer, se observarán las mismas reglas establecidas anteriormente según la localidad de las orillas, á no ser que haya costumbre ó contrato en contrario.

TÍTULO VI

DE LAS RESTRICCIONES DE LA PESCA

45. Se prohibe pescar envenenando ó inficionando las aguas en ningún caso fuera del de ser estancadas y estar enclavadas en tierras cercadas de propiedad particular. Los infractores, además de los daños y costas, pagarán 40 reales por la primera vez, 60 por la segunda y 80 por la tercera.

46. Se prohibe asimismo pescar con redes ó nasas cuyas mallas tengan menos de una pulgada castellana ó el de un décimo de un pie en cuadro, fuera de los estanques ó lagunas que sean de un solo dueño particular, el cual podrá hacerlo de cualquier modo.

47. Desde 1.° de Marzo hasta último de Julio se prohibe pescar no siendo con la caña ó anzuelo, lo cual se permite en cualquier tiempo del año.

TÍTULO VII

DE LA EJECUCIÓN DE ESTE REGLAMENTO

48. El modo de proceder de las justicias en materia de caza y pesca será, por regla general, gubernativo.

49. Los procedimientos tendrán lugar: 1.° por queja de parte agra-

viada: 2.° de oficio: 3.° por denuncia de guardia jurado ó de cualquier vecino, ó de cualquier individuo del Ayuntamiento: 4.° por denuncia de cualquier vecino siendo caso de aguas inficionadas ó de cepos armados fuera de cercado.

50. El alcalde hará comparecer al presunto infractor, y comprobado el hecho, exigirá de él la multa, el valor de la caza y del daño cuando lo haya, dando á estas cantidades el destino que se ha prescrito en el presente decreto.

51. Cuando se proceda por queja de parte agraviada, si resulta ser cierto el hecho y hubiera dato, el alcalde procurará que los interesados transijan en cuanto al daño, sin perjuicio de cobrar la multa; y si no se avinieren, decidirá gubernativamente en las causas de menor cuantía, dejando que las otras sigan el curso judicial que les corresponda; pero satisfaciendo ántes el reo la mitad de la multa destinada al fondo del artículo 31 para la persecución de animales dañinos.

52. Las infracciones de que se trata en este decreto prescribirán á los treinta días en los casos de aguas maleficiadas ó de cepos y armadizos fuera de cercado, y en todos los demás á veinte días. Pasados estos plazos, las justicias no podrán proceder de oficio, ni administrar quejas ni denuncia alguna.

TÍTULO VIII

DE LAS PENAS DE LOS INFRACTORES

53. La pena general por las infracciones de este reglamento, cuando en él no se expresa otra cosa, será además del daño y costas, si las hubiere, 20 rs. por la primera vez, 30 por la segunda, y 40 por la tercera. Si todavía se repitiese el delito, la justicia consultará al subdelegado de Fomento de la provincia sobre la pena que convenga.

54. Los padres y los tutores son responsables de las infracciones cometidas por sus hijos de menor edad y por los pupilos.

55. Quedan derogadas todas las ordenanzas y reglamentos anteriores en cuanto se opongan al presente decreto.

Tendréis lo entendido, etc. Aranjuez 3 de Mayo de 1834.

Ley de 9 de Julio de 1856 sobre privilegios primitivos de caza y pesca vigente lo que á pesca se refiere.—Fomento.—Artículo 1.° En virtud de lo dispuesto en los arts. 7.° y 8.° de la ley de 6 de Agosto de 1811, confirmada por la de 13 de Julio de 1813; y 3 de Mayo de 1823, restablecidas por decreto de las Córtes en 20 de Enero de 1837; declarando abolidos los privilegios llamados privativos y prohibitivos en materia de caza y pesca, que tengan orígen de señorío, el Gobierno dictará las disposiciones oportunas para que se hagan efectivo á los pueblos y particulares los beneficios de las citadas leyes sin perjuicio de la indemnización á que tengan derecho, con arreglo a las mismas, los que se crean agraviados.

Art. 2.° Cuidará igualmente el Gobierno de la puntual observancia del R. D. de 3 de Mayo de 1834, que prescribe la policía y demas reglas para el ejercicio de la caza y pesca, tanto por los pueblos como por los partrculares, interin no se prescribieran otras.

Art. 3.° El conocimiento de los incidentes á que diere lugar la observancia de lo prevenido en el artículo anterior, corresponde á las autoridades gubernativas, salvo en unos casos los recursos contencioso-administrativos y los que por su índole correspondan á los Tribunales.

Art. 4.° Quedan reservadas al conocimiento de la jurisprudencia las cuestiones que, según las leyes de 1811, 1813 y 1823, corresponden á la misma en esta materia.

Palacio 9 de Julio de 1856.

En cuanto á la pesca maritima debemos hacer presente que en el dia de hoy, hay que atenerse á lo prevenido en los arts. 14 y 15 de la ley de aguas de 3 de Agosto de 1866 y que el art. 11 de la ley de 7 de Mayo de 1880, es enteramente igual al articulo que acabamos de citar de la ley de 1866 preceptuándose en dichos articulos lo siguiente:

Art. 14. El derecho de pescar desde la playa, es del público conforme á los reglamentos y policía del ramo. El de pescar á flote en la zona litoral marítima, es exclusivo de los matriculados ó mercantes españoles con sujeción á las leyes y reglamentos sobre la pesca marítima, mientras subsista el privilegio que actualmente gozan.

Art. 15. En las charcas, lagunas ó estanques del agua del mar formados en propiedad particular, no susceptible de comunicación permanente, con aquel por medio de embarcaciones, solamente podrán pescar sus dueños sin más restricciones que las relativas á la salubridad pública.

También debiéramos aqui extendernos en consideraciones respecto de lo qué la ley de aguas de 13 de Junio de 1879, prescribe con relación al uso de la pesca flubial ó sea el aprovechamiénto de las aguas públicas para la pesca de que se trata en la sección segunda tit. 4.° de aquella ley arts. 129 al 133 de la misma, pero como la expresada ley transcrita queda con anterioridad en el tomo 2.°; omitimos repetir aqui dichos articulos, con sólo esta referencia á nuestros lectores á lo que dicha ley preceptúa.

Pesca Maritima.—(*Crustáceos*).—Reglamento de 29 de Enero de 1885 para la pesca de los crustáceos y fomento de su cría y multiplicación en el litoral español.

(*Marina*).—**Art. 1.°** Queda prohibida la pesca y venta de los crustáceos en absoluto durante la época de la cría de cada especie.

Art. 2.° Igualmente se prohibe la captura y venta en todo tiempo de los individuos que no alcancen á la medida legal que se señala.

Art. 3.° Queda exceptuada de lo prevenido en los dos artículos anteriores, la pesca de los cangrejos que no se aprovechan como alimento y que los pescadores usan como cebo.

La de los barriletes ó caballetes de que se sacan las llamadas bocas y con las tenazas ó pinzas que sirven de manos á tal especie, también será permitida en todo tiempo, con la precisa condición de devolver vivos al agua los citados cangrejos después de haberles quitado la pinza ó boca, que se venden como comestibles.

Art. 4.° Sólo para poblar las cetáreas ó viveras de crustáceos que se establezcan en el litoral de España ó de sus islas adyacentes, se permitirá la pesca de cualquier especie de crustáceo durante todo el año y sin limitación de tamaños.

Art. 5.° Los pescadores que se dediquen á este objeto, presentarán á las respectivas Ayudantías mensuales, nota detallada de los crustáceos que hayan entregado en tales establecimientos, con el correspondiente recibo del dueño de las mismas que acredite la entrega.

Art. 6.° La extracción de crustáceos de los viveros queda sometida á lo determinado para la pesca en general por los artículos 10 y 12 de este reglamento; siendo responsables los dueños de estos establecimientos de la contravención á los precitados artículos, como asimismo los que hagan la venta y compra del crustáceo sin las condiciones permitidas.

Art. 7.° La comunicación de las cetáreas ó viveros con la mar, deberá disponerse de manera que las crías de los crustáceos puedan salir fuera libremente.

Art. 8.° Quedan sujetas á la vigilancia é inspección de los ayudantes de Marina y delegados del Gobierno en asuntos de pesca, las cetáreas de crustáceos, y sus dueños serán responsables de las faltas que se cometan en tales establecimientos contra las disposiciones que á ellos se refieran.

Art. 9.° Las autoridades locales de Marina están obligadas á vigilar la extracción de crustáceos de las indicadas cetáreas para evitar que se cometan infracciones. Al efecto se valdrán de los medios que estimen más convenientes y eficaces.

Art. 10. Las autoridades locales de los pueblos, durante la temporada de veda, están obligadas á perseguir la venta, decomisando el género y multando losá contraventores.

Art. 11. Son épocas de cría y por consiguiente de veda para la pesca de los crustáceos siguientes, la que en cada uno se indica.

Langosta.—(*Palinorus vulgaris*). (*Latr. Llangosta en Cataluña, Valencia y Baleares*).—Empieza en 1.° de Agosto, terminando para el macho en 15 de Octubre y para la hembra en 31 de Marzo.

Bogavante.—(*Homarus vulgaris*). (*Edw. Lobrigante en Vigo; Lovigante, Luvigante, Extravagante en Galicia, Langosta francesa en la Coruña; Abaconto en Laredo, Locancántaro en Gijón*).—Desde 1.° de Octubre á 1.° de Mayo.

Cigalas.—(*Seyllarus aretos Fabr.* y *el Seyllarus latus Latr. Cigalas, Osas y Cigarras de mar en nuestras costas.*)—Los mismos períodos para la langosta.

Langostines.—(*Penæus caramote, Rondel y Penæus membranáceos Risso, Langostinos*).—Desde Julio hasta Octubre.

Langostino de Noruega. —(*Neprhops noweguiens, Lavh.*)—Desde Octubre á Mayo.

Nikas.—(*Nika edulis Risso*). (*Crustáceo común en el Mediterráneo, que es comestible*).—Haciendo varias posturas al año, que depositen en los fondos, podrá pescarse cuando no esté embarazada de huevos la hembra.

Galateas.—(*Galatea Strigosa Fabr. Langostilla*).—Vedada su pesca en Marzo, Agosto y Diciembre.

Galeras.—(*Squilla Mantis, Rondelet; Squilla Desuraretis tii, Risso; Squilla Cerisu, Roux; Squilla ferrusacii, Roux; Pregadeux de mar en algunos puntos de la costa de Cataluña y Cigalas en el puerto de Santa María*).—Desde Marzo hasta Agosto.

Centola.—(*Centolla, Sentol Araña en Galicia; Cintolas en Vivero; Cambaras en Laredo; Arañas en Cataluña; Maia Squina Lram*).—Desde Julio hasta Octubre inclusive.

Nocla.—(*Noca Roi Esqueiro en las rias de Galicia; Sapateiras, Cadaluchas, Tuy, Marín y Portugal; Platicar cimus pagurus Edward*).—Desde 1.° de Julio hasta 31 de Octubre.

Necoras.—*Anecoras en Galicia; Andaricas en Gijón; Cámba rosfranceses, costa de San tander; Pelut Cranch-pelut, Cataluña*). (*Portunus puber Spp*).—Julio, Agosto y Septiembre.

Art. 12. Se fija como medida mínima para la pesca y venta de los crustáceos que á continuación se indican, las siguientes:

Langostas, 20 centimetros desde el ojo al arranque de las aletas terminales de la cola.

Bogavantes, 20 centimetros desde el ojo al arranque de las aletas terminales de la cola.

Langostines, 8 centimetros desde el ojo al arranque de las aletas terminales de la cola.

Cigalas, 12 centimetros desde el ojo á las aletas terminales de la cola.

Langostinos de Noruega, 10 centimetros desde el ojo al arranque de las aletas terminales de la cola.

Galeras, 10 centimetros desde los ojos al arranque de las aletas terminales de la cola.

Esquilas, 3 centimetros desde los ojos al arranque de las aletas de la terminación de la cola.

Centolas, 8 centimetros de diámetro transversal en la parte más ancha.

Noca, 8 centimetros de diámetro transversal en la región mas ancha.

Necoras, 8 centímetros de diámetro transversal en la región más ancha.

Art. 13. Cuando los pescadores de crustáceos encuentren en sus armadijos individuos que no alcancen á la medida legal que les está señalada, los devolverán al agua, salvo el caso del art. 4.º con las justificaciones que marca el 5.º

Art. 14. Los contraventores á las disposiciones de este reglamento serán multados según la entidad de la falta, con arreglo á las atribuciones que las leyes confieren, pudiendo ser llevados á los Tribunales en los casos de desobediencia.

Art. 15. El Gobierno podrá conceder á los particulares, porciones de costa para establecer cetáreas ó viveros de crustáceos, con tal que de la información que se practique no resulte inconveniente de ninguna clase.

Estas concesiones sólo tendrán lugar cuando no afecten á los intereses generales, y especialmente los de la navegación y pesca, no ocupando tampoco fondos en que hubiese criaderos naturales de cualquier especie aprovechable.

El Gobierno se reserva en todo caso la facultad de expropiar al concesionario por causa de utilidad pública con arreglo á las leyes y previa la indemnización que corresponda por el valor del establecimiento que en virtud de la concesión se haya creado.

Art. 16. La concesión de los sitios de playa para estos establecimientos particulares se hará por el Ministerio de Marina, previa solicitud acompañada de planos de trozo de costa en que se solicita, con enfilaciones á puntos conocidos y de las obras proyectadas y una Memoria de las mismas, en que se demuestre á la vez la conveniencia del establecimiento que se intenta.

Art. 17. Las solicitudes se dirigirán al Ministerio de Marina, por conducto del comandante de Marina de la provincia respectiva, el cual las cursará al Capitán general del departamento con su informe, el de la Comisión de pesca y el del Ayuntamiento de la localidad, oyendo además á cuantas corporaciones y personas crea oportuno, debiendo antes publicar la petición en el *Boletín Oficial* á fin de que dentro del plazo de quince días pueda alegar todo el que quiera lo que tenga por conveniente.

El Capitán general, después de oir á la Comisión del ramo en el departamento, emitirá su informe y lo elevará á la Superioridad para la resolución que proceda.

Los informes tendrán por principal objeto demostrar que en el establecimiento proyectado no tiene lugar ninguno de los inconvenientes que se señalan en el art. 24.

Serán asimismo oídos los demás Ministerios cuando las concesiones puedan afectar á los intereses que se hallan especialmente á su cargo.

Art. 18. En las peticiones de un mismo sitio para viveros de crustáceos, será preferido el que ofrezca mayores ventajas á juicio del Gobierno, en igualdad de circunstancias, el que tuviere prioridad.

Art. 19. No se concederán más de tres hectáreas de terrenos emergentes ó sumergidos para fundar un vivero á un mismo individuo de cada localidad; pero si pasados cinco años nadie más se dedicara en ella al desarrollo de la industria citada, podrá ampliarse la concesión con mayor número de hectáreas, previa nueva petición de los interesados é informes prevenidos en el art. 17.

Art. 20. Los concesionarios permanecerán en el disfrute de su concesión, ínterin cumplan en su establecimiento con las leyes generales del país y las condiciones especiales de este reglamento; en la inteligencia de que si se notare el abandonado de su explotación por dos años consecutivos, bastará la justificación de esta circunstancia para que proceda la caducidad, marcándose un plazo para que el concesionario extraiga los materiales de su pertenencia si le conviniere.

Art. 21. El concesionario estará obligado, al terminar el establecimiento dentro del plazo que se le fije en el decreto de concesión, cuyo plazo comenzará á correr desde la fecha en que se le traslade dicho decreto por la Comandancia ó Ayudantía de Marina respectiva.

Si las obras no se terminaran en el plazo concedido y dentro de él no solicitara el concesionario prórroga para terminarlas, se procederán á la declaración de caducidad, para lo cual los comandantes de Marina respectivos darán cuenta al Ministerio tan pronto terminen los plazos.

Art. 22. Hasta que se haya terminado un establecimiento particular, su concesionario no podrá cederlo ni enajenarlo á otra persona sin previa autorización del Gobierno.

Art. 23. El que sin títulos de propiedad y sin la concesión correspondiente tuviese en la costa algún establecimiento de crustáceos, será desposeído de él, dándoleun plazo para retirar los objetos de su propiedad, y quedando obligado á resarcir los perjuicios que hubiere ocasionado.

Art. 24. No se permitirá que los viveros de crustáceos sean perjudicados con desagües inmundos y deletéreos que viertan en sus inmediaciones, aunque respetando los derechos adquiridos conanterioridad á la creación de aquellos establecimientos.

Art. 25. Las autoridades competentes no consentirán que la pesca de los crustáceos se verifique por nadie en proporciones tales que haga temer el rápido agotamiento de las especies; y por tanto, siempre que esto suceda, podrán suspender ó modificar preventivamente su extracción, dando cuenta inmediata á la Superioridad.

Art. 26. En cualquier época del año podrá el Gobierno suspender la pesca de crustáceos, cuando previo informe ó aviso de las Comisiones provinciales, lo crea conveniente para evitar el agotamiento de estas especies.



A este fin, las autoridades de Marina y sus delegados girarán las visitas de inspección que sean necesarias.

Madrid 29 de Enero de 1885.—Juan Antequera.—(*Gaceta* del 2 de Febrero).

Pesca Marítima.—(*Almadraba de Buche*).—Ley de 11 de Mayo de 1888, declarando libre el empleo de dicho arte.

(*Marina*).—Artículo único. Queda derogado el decreto de las Cortes de 14 de Junio de 1837, con carácter legislativo, y los Reales decretos de 4 de Agosto de 1839 y 16 de Junio de 1847, prohibiendo el calamento de almadrabas de Buche en la costa comprendida entre la bahía de Cádiz y la isla de Tarifa, y, en su consecuencia, es en absoluto libre el empleo de dicho arte, como las demás de Tiro ó Vista y Monte Leva.—Por tanto, etc.—(*Gaceta* 31 Mayo).

En R. O. de 25 de Septiembre de 1888, se dictan las siguientes disposiciones, encaminadas á remediar la escasez del salmón que se observa en el río de Bidasoa:

1.° Que se dicte un reglamento de carácter general para regularizar todo lo que á la pesca se refiere, ordenando á las autoridades, hasta tanto que esto tenga lugar, hagan cumplir escrupulosamente las disposiciones vigentes referentes á esta industria, y muy especialmente al reglamento dictado para la pesca en la parte internacional del río Bidasoa.

2.° Que se mande al Gobernador de Navarra que, á la mayor brevedad, requiera á los propietarios de los molinos harineros de Vera y Sumbilla, para que dentro de un corto plazo establezcan en sus presas escalas salmoneras que reunan las condiciones convenientes, procediéndose á ejecutar las obras por los delegados del Gobierno, y á costa de los expresados dueños, en el caso de que éstas no las hagan debidamente.

3.° Que por la Administración se proceda á reformar la escala existente en la presa de la fábrica de hierro de Vera, con arreglo á lo propuesto por el ingeniero jefe.

Y 4.° Que se advierta á los representantes de las casas Endarlaza y Barrenechea, cesen en el uso del exclusivo derecho de pesca que vienen ejerciendo en el Bidasoa, incautándose y deshaciéndose por la Administración las casas establecidas por los Ayuntamientos de Lesaca y Vera, sin perjuicio de los derechos que á unos y otros puedan corresponderles y hacer efectivos con arreglo á las leyes. Y así se resuelve.—(R. O. 25 de Septiembre de 1888.—*Gaceta* 15 Octubre).

Enjuiciamiento criminal.—(*Derecho de pesca en propiedad particular*).—R. D. de 4 de Febrero decidiendo competencia á favor de la autoridad judicial, á quien corresponde exclusivamente el conocimiento de la causa instruída contra un alcalde, etc., por haber pescado en un ve-

dado particular, desatendiendo las intimaciones de los guardas jurados.

(*Extracto*).—Los días 13 y 14 de Diciembre de 1887, varios hombres, capitaneados por el alcalde y secretario del Ayuntamiento de San Pedro, penetraron en el estanque ó canal llamado Castelló, que á intervalos comunica con el mar, y estuvieron pescando, no obstante las intimaciones de los guardas, que se lo prohibían, por ser el sitio propiedad de don José Conte Lacoste, como lo revelaba la palabra **vedado** escrita en diferentes partes. El dueño denunció tales hechos á los Tribunales como constitutivos de delito, y acudió al Gobernador de la provincia, quien reconoció que la pesca no podía ejercerse libremente en el canal, por ser un derecho exclusivo del propietario declarado por sentencia firme; providencia gubernativa que confirmó en alzada el Ministerio por R. O. de 13 de Octubre de 1888.

Instruído, entre tanto, sumario, á consecuencia de la denuncia, y elevado á la Audiencia de Figueras, el Gobernador de Gerona la requirió de inhibición, alegando que había cuestión administrativa pendiente y que los hechos se relacionaban con la conservación de orden público que se habría alterado á respetarse el privilegio de Conte Lacoste. La Audiencia opuso que la única cuestión pendiente era la de propiedad, que como prejudicial debía ser resuelta en la causa. El Gobierno decide el conflicto á favor de la autoridad judicial, vistos los artículos 3.° del Real decreto de 8 Septiembre de 1887, y 3.° y 4.° de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Considerando 1.° Que los hechos denunciados y que han dado origen á los dos procesos de que se trata, pueden constituir delitos definidos en el Código penal, cuya aplicación corresponde á la jurisdicción ordinaria, á la que incumbe asimismo resolver, en su caso, como prejudiciales las cuestiones referentes á la propiedad de las aguas en que tuvieron lugar los referidos hechos.

2.° Que aun en el supuesto de que existiera alguna cuestión previa administrativa, habría quedado resuelta por la R. O. de 13 de Octubre último, que desestimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Rosas contra la providencia de que se ha hecho mérito, dictada por el Gobernador de Gerona, y reservó á la Corporación municipal los derechos que creyere asistirle para que los ejercitara ante los Tribunales ordinarios.

3.° Que no se está en ninguno de los dos casos en que por excepción pueden los gobernadores suscitar contiendas de competencia en los juicios criminales.—(R. D. 4 de Febrero de 1889.—*Gaceta* 20 id.)

Tratados internacionales.—(*Pesca en el Bidasoa*).—Convenio relativo al ejercicio de la Pesca en el Bidasoa, firmado en Bayona el 18 de Febrero de 1886 con las modificaciones que se contienen en el de 19 de Enero de 1888, ratificado en 20 de Septiembre del mismo año.



(*Estado*).—S. M. la Reina Regente de España y el Presidente de la República francesa, deseando modificar el acta adicional concluída en Bayona, con fecha 21 de Marzo de 1889, entre España y Francia, para sancionar el reglamento internacional sobre el ejercicio de la pesca y los varios arreglos relativos al Bidasoa, han resuelto concluir, á este fin, un convenio especial y han nombrado al efecto, por sus plenipotenciarios, á saber:

S. M. la Reina Regente de España al señor don Justo Perez Ruano, Ministro plenipotenciario, Presidente de la Delegación Española en la comisión internacional de los Pirineos; y

El Presidente de la República francesa al señor Conde Tristán de Montholom, Ministro plenipotenciario, Presidente de la Delegación francesa en la comisión internacional de los Pirineos.

Los cuales, después de haberse comunicado sus plenos poderes respectivos, hallados en buena y debida forma, han convenido en lo que sigue:

Derecho de pesca

Art. 1.° El derecho de pesca en el río Bidasoa desde Chapitalaco-Arria ó Chapitaco-Erreca, en su desembocadura y en la rada de Higuer, pertenece exclusiva é indistintamente en España á los habitantes de Fuenterrabia é Irún, y en Francia á los de los pueblos de Urruña, Bireatú y Hendaya.

En las afluentes del Bidasoa este derecho de pesca pertenece exclusivamente á la nación, en cuyo territorio corren dichas afluentes.

Dichos habitantes podrán pescar con toda clase de embarcaciones.

Sin embargo, las embarcaciones empleadas deberán llevar como signos distintivos el nombre del pueblo al que las mismas pertenecen y su número, pintados en la proa y al exterior, y sobre la madera misma de la embarcación.

Las dimensiones de las letras serán por lo menos de 10 centímetros.

Las embarcaciones francesas llevarán una faja azul y las embarcaciones españolas una faja amarilla de extremo á extremo. La anchura de la faja será de 10 centimetros.

Dichos habitantes continuarán, sin estar obligados á justificar su inscripción, en la matrícula marítima de su respectivo país á ejercer sobre todos los puntos de la ría que cubren las mareas vivas derechos idénticos para la pesca y para todos los abonos marítimos, sin que se hallen sometidos á otras disposiciones que las contenidas en el presente reglamento.

Art. 2.° Los ribereños de ambos países podrán á su comodidad retirar y sacar sus redes, sea á la orilla española, sea á la francesa; pero en ningún caso á una propiedad particular sin la autorización del propietario, y según el uso existente, todos los productos de la pesca podrán introducirse libres de derechos en cualquiera de los dos países.

Art. 3.° La pesca con caña ó anzuelo continuará por excepción, siendo libre como hasta aquí para todos, menos en las épocas del desove.

Épocas para las diferentes pescas.—Dimensiones de las diversas especies de pescados y de mariscos

Art. 4.° La pesca de la anguila, de la lamprea, de la pratija y del mugil ó corrocón, se permite en todos tiempos. Se prohibe la pesca del salmón y de la trucha salmonada, desde el fin de Julio hasta 1.° de Febrero. De las ostras, desde el 16 de Febrero al 15 de Noviembre. De la trucha, desde el 20 de Octubre al 31 de Enero. De la alosa, desde el fin de Marzo hasta el 1.° de Junio. De los demás pescados no mencionados, desde el 15 de Marzo hasta el 1.° de Junio. De las almejas, desde el 30 de Abril á 1.° de Julio.

En todo tiempo se prohibe igualmente pescar ostras y almejas desde la puesta del sol hasta su salida.

Art. 5.° Se prohibe pescar ó recojer, de cualquier manera que sea, las huevas de todos los pescados y de los crustáceos y elemplearlas como cebo.

Art. 6.° Se prohibe pescar los pescados que no tengan las dimensiones siguientes entre el ojo y el nacimiento de la cola: el salmón que no tenga de largo 27 centímetros, la trucha salmonada 27 centímetros, la anguila que de un extremo á otro no tenga la longitud de 21 centímetros, la alosa que no tenga 27 centímetros, el rodaballo que no tenga 20 centímetros; todos los demás pescados que no tengan de largo 16 centímetros, podrán ser recogidos en todo tiempo, cualesquiera que sea su dimensión. Se prohibe igualmente coger ostras que no tengan de diámetro mayor cinco centímetros y las almejas que no tengan tres.

La prohibición de la pesca de las ostras podrá ser ordenada temporalmente, al menos por un año, si esta medida es aconsejada por el interés de la conservación de los fondos. Los demás mariscos podrán cogerse cualquiera que sea su dimensión.

Art. 7.° Los pescadores estarán obligados á echar al rio los pescados designados en el artículo anterior, que no tengan las dimensiones señaladas, y á dejar las ostras y almejas que no tengan el diámetro prefijado, en el mismo sitio de donde se hubieren cojido.

Abonos marítimos

Art. 8.° Según el uso existente, todos los ribereños indistintamente, continuarán recogiendo en todos los puntos del curso de Bidasoa, bañados por las altas mareas, todas las hierbas marítimas, á excepción de las que están adheridas á los vallados de las tierras labrantías, que pertenecen exclusivamente á los propietarios de estas tierras.

Continuarán también tomando y extrayendo la arena, fango y toda

clase de abonos marítimos en todos los expresados puntos que quedan descubiertos en baja mar; pero no se podrán extraer sino á la distancia de diez metros de los vallados, diques y ribazos ú orillas de la tierra firme, y á ocho metros de los depósitos de cualquiera clase de mariscos y de los criaderos de pescados de que se hará mención en uno de los artículos siguientes.

Redes, instrumentos y métodos de pesca permitidos

Art. 9.° Para la pesca del salmón, de la alosa y de la trucha, se usará únicamente de la red simple de que se sirven en el día, y cuyas mallas del medio tengan lo menos un cuadrado de 52 milímetros de lado, y las de los lados de la red 60 milímetros por lo menos. Su longitud será al menos de 116 metros. Para la pesca de mugil ó corrocón, de la platija, lenguado, rodaballo y trucha común, las mallas de las redes tendrán 20 milímetros en cuadro por lo menos, y para la pesca de la anguila y demás pescados de pequeña especie, lo menos 15 milímetros. Para la pesca de estos pequeños pescados, se podrán también usar butrinos, cuyas mallas sean de las mismas dimensiones, pero echados en el agua sin ninguna empalizada por los lados.

Las mallas de las redes y butrinos permitidos, deberán tener las dimensiones fijadas para cada clase, cuando dichas redes estén mojadas.

Las redes que sirvan para pescar langostinos no deberán tener más de tres brazas de abertura, y no podrá servirse de ellas en aguas arriba del puente de Behovia.

Art. 10. El derecho exclusivo de la pesca del salmón en toda la extensión del Bidasoa, en su desembocadura y en la rada de Higuer, pertenecerá alternativamente á las dos naciones ribereñas, durante veinticuatro horas, de mediodía á mediodía, hora del reloj de la Iglesia de Irún, disfrutando así cada nación del derecho exclusivo de pescar al día siguiente otra.

Quince días antes del 1.° de Febrero, los maires ó alcaldes de los pueblos ribereños, ó sus delegados, se reunirán para sortear la nación á la cual corresponderá el primer turno, debiendo después cada nación, según se dirá más adelante, reglamentar como lo juzgue conveniente el ejercicio de su derecho.

Ocho días más tarde, los maires ó alcaldes ó sus delegados, tanto en España como en Francia, se reunirán (cada grupo nacional por su parte) para reglamentar el empleo de las veinticuatro horas de pesca correspondientes á cada nación.

Estos delegados decidirán libremente si quieren pescar, sea por pueblos, guardando el turno, sea todos los pueblos juntos al mismo día, ó según otro modo que les convenga.

Una vez de acuerdo sobre este punto los delegados, tendrán el deber

de comunicar el resultado de sus deliberaciones á los comandantes respectivos, y el modo de pesca así acordado deberá ser obedecido, bajo pena de contravención.

Si los maires ó alcaldes no comunicasen en tiempo útil el resultado de sus deliberaciones, cada una de las Delegaciones de la Comisión internacional tomará la iniciativa de fijar el como del ejercicio de la pesca para sus nacionales. Esta fijación tendrá lugar desde los primeros días de Febrero.

Los maires ó alcaldes, ó sus delegados, formarán una lista nominativa de los pescadores que en cada pueblo poseen redes reglamentarias.

La lista nominativa así determinada se comunicará á todos los encargados de la vigilancia y ejecución del presente reglamento, designados en el art. 15.

El número de redes echadas al agua podrá ser ilimitado, á condición de que tengan las mallas reglamentarias.

Art. 11. Se prohibe expresamente:

1.° Hacer uso en el Bidasoa de otras redes que las mencionadas en el art. 9.°, y especialmente de las redes llamadas en francés *chalut*, en español arrastre, y del trasmallo.

2.° Servirse de estas redes sin que estén revestidas de los plomos ó marcas que se adopten por las autoridades respectivas, y emplearlas para otros pescados distintos de los designados para el uso de cada red.

3.° Echar en el río drogas, materias explosivas ó cebos que tiendan á embriagar ó destruir el pescado, y ahuyentarle golpeando el agua ó asustándole de cualquier manera, con el objeto de hacer entrar el pescado en la red, ó cualquier instrumento de pesca.

4.° Transportar y vender los pescados ó mariscos que no tengan las dimensiones determinadas en el art. 6.° ó que se pesquen en las épocas prohibidas.

5.° Pescar con la ayuda de cuerdas ó sedales durmientes ó echados al fondo.

6.° Cerrar ó atajar ninguna de las partes del río cubiertas á la alta marea con aparejo, ó proceder que tenga por objeto desviar el curso natural de las aguas é impedir el paso al pescado ó dañar á la repoblación del río.

Art. 12. Se prohibe bajo ningún pretexto tirar ó levantar las redes ú otros instrumentos de pesca á otra persona que no sea el dueño.

Depósitos de mariscos y criaderos de pescado

Art. 13. Los ribereños podrán pescar indistintamente en todas las partes del Bidasoa que cubran las altas mareas, toda especie de mariscos; pero no podrán construir establecimientos de pesquería permanentes ó temporales, parques ó depósitos de ostras, almejas ó de cualquiera otra

clase de mariscos, sin la autorización de las Municipalidades de los pueblos en cuya jurisdicción se trate de establecerlos y sin someterse á las condiciones que se les impongan.

La autorización así acordada será revocable y nunca podrá considerarse como una concesión; y si se revoca por infracción de las condiciones impuestas, se destruirá siempre el establecimiento á costa del contraventor.

Estos depósitos ó parques no deberán en ningún caso embarazar la navegación ni servir de medio de pesca, y deberán construirse á la distancia de 100 metros unos de otros cuando menos.

Art. 14. Los pescadores españoles y franceses, de común acuerdo y contribuyendo mancomunadamente y no de otro modo, podrán establecer en cualquiera de las dos orillas del Bidasoa viveros ó criaderos de pescados para la repoblación de las aguas de dicho río; pero no deberán servir sino para la propagación del pescado y sin que sirva en ningún caso de embarazo á la navegación.

Policia y vigilancia de la pesca

Art. 15. Para asegurar el mantenimiento del orden y la ejecución de las disposiciones del presente reglamento, la vigilancia será ejercida y las contravenciones serán comprobadas en la forma prescrita en el artículo 16:

1.° Por los comandantes de las fuerzas marítimas de cada Estado en el Bidasoa, ó sus delegados, ó por los patronos de las embarcaciones de los estacionarios.

2.° Por cuatro guarda-pesca: dos nombrados por las Municipalidades de Urruña, de Hendaya y de Biriatú, y dos por las Municipalidades de Irún y de Fuenterrabia.

Estos guardas, cuyo salario estará á cargo de las Municipalidades que les nombren, serán juramentados y revestidos de una bandolera con placa que indique su cargo. Dichos guardas estarán bajo la directa vigilancia del comandante del estacionario, y deberán conformarse á sus instrucciones en todo lo que concierne á la policía de la pesca.

Las autoridades subalternas mencionadas anteriormente, transmitirán los sumarios á los comandantes de las fuerzas marítimas de cada Estado.

Art. 16. Las contravenciones al presente reglamento se probarán por testigos ó por medio de sumarios verbales, extendidos y firmados por las autoridades arriba mencionadas.

Los comandantes de las fuerzas navales francesas y españolas en el Bidasoa, se hallan autorizados á embargar las redes y otros instrumentos de pesca prohibidos, así como el pescado cogido en contravención. Pueden también embargar en el acto las redes, aún las no prohibidas, de los delincuentes nacionales, cuando lo haga necesario la naturaleza de la contravención.

Los guarda-pesca tendrán el derecho de requerir directamente la fuerza pública para la reprensión de las contravenciones al presente reglamento, así como para el embargo de los instrumentos de pesca prohibidos, del pescado y de los mariscos pescados en la contravención.

Las infracciones en materia de venta y del trausporte del pescado, de los mariscos y de las huevas cogidas en tiempo de veda, ó que no lleguen á las dimensiones prescritas, podrán igualmente hacerse constar por cualquier agente de la autoridad judicial, quien podrá transmitir directamente su sumario al tribunal competente.

Art. 17. A fin de que haya verdadera identidad de derechos para todos los ribereños, es preciso que haya identidad de reprensión para los contraventores de ambos países que hayan violado las medidas adoptadas para reglamentar, conforme á los tratados, el goce común del Bidasoa.

Los Tribunales ó autoridades competentes fallarán en ambos países contra los pescadores sometidos á su jurisdicción por las infracciones al presente reglamento:

1.° La confiscación y destrucción de las redes ú otros instrumentos de pesca prohibidos.

2.° La multa desde 16 pesetas hasta 100 pesetas, ó la prisión durante seis días como mínimum, y un mes como máximum.

En todos los casos previstos por la presente Convención, si las circunstancias parecen atenuantes, los Tribunales competentes de los dos países serán autorizados á reducir la prisión á menos de seis días y la multa á menos de 16 pesetas.

Podrán también imponer una y otra pena sin que en ningún caso la multa pueda bajar á menos de una peseta y la prisión á menos de veinte y cuatro horas.

Art. 18. En todos los casos de reincidencia, el infractor será condenado al duplo de la multa ó prisión que haya sido impuesta la primera vez contra él; pero la doble pena no podrá nunca exceder del máximum establecido en el párrafo segundo del artículo procedente. Hay reincidencia cuando dentro de los doce meses precedentes haya habido un primer juicio contra el infractor por contravención á las disposiciones del presente reglamento.

Si en los doce meses precedentes hubiere habido dos juicios contra el infractor por contravención á las disposiciones del reglamento, la multa ó prisión podrá ser el duplo del máximum fijado en el artículo procedente.

Art. 19. El Tribunal ó los magistrados competentes acordarán, cuando haya lugar, además de la pena impuesta por contravención al presente reglamento, el pago de los daños y perjuicios en favor de quien tenga derecho á ellos y determinarán su cuantía.

Art. 20. Cualquier ribereño que pesque salmón fuera de su turno de pesca sin autorización del que le toque, estará sujeto á la multa ó

prisión determinadas en el párrafo segundo del art. 17, y además deberá entregar el salmón pescado ó su valor al pescador á quien corresponda el turno. En caso de reincidencia podrá ser condenado á la multa ó prisión, y podrá pronunciarse además la confiscación de las redes.

Art. 21. Los pescados que se cojan en contravención á las disposiciones del presente reglamento se distribuirán inmediatamente á los pobres del pueblo ribereño en cuya jurisdicción se hayan cogido.

Art. 22. El producto de las multas impuestas en virtud del presente reglamento, ingresará en los dos países en las Cajas municipales, y la cuarta parte se aplicará en favor del guarda ó agente de policía municipal que haya justificado ó hallado la infracción.

Art. 23. Los padres, las madres, maridos y amos podrán ser declarados responsables de las contravenciones que cometan sus hijos menores, mujeres, criados ó jornaleros.

Art. 24. Cualquier ribereño que haya ultrajado en el ejercicio de sus funciones á alguno de los encargados mencionados en el art. 15 y á cualquiera agente de la autoridad judicial actuando, según se expresa en el último párrafo del art. 16, ó que les resista con violencia ó pasando á vías de hecho, quedará sujeto á las penas prescritas para este caso en el Código de su país.

Art. 25. El guarda que en el ejercicio de sus funciones dé pruebas de negligencia, será revocado inmediatamente; y si hubiere admitido dádivas ó promesas por faltar á sus deberes, será perseguido según las disposiciones prescritas para estos casos en la legislacion de su país.

Represión de las contravenciones

Art. 26. El juicio de toda contravención al presente reglamento será sometido en los dos países á las atribuciones exclusivas del Tribunal competente, y los infractores no podrán ser perseguidos sino ante el Tribunal de su respectivo país; es decir, en España ante el Tribunal civil de San Sebastián; en Francia ante el Tribunal correccional de Bayona.

Art. 27. Los sumarios que no sean formados por agentes de la autoridad judicial deberán ser remitidos al comandante de las fuerzas marítimas á cuya jurisdicción pertenezca el infractor. Este oficial, después de haberles visado, deberá enviarles sin demora y con informe al Tribunal competente.

De la sentencia que recaiga se dará conocimiento á la autoridad que haya formado el sumario.

Art. 28. Los encargados de la ejecución del presente reglamento mencionado en el art. 15, podrán hacer constar las infracciones de todos los ribereños, cualquiera que sea su nacionalidad; pero los contraventores no podrán ser juzgados sino por el Tribunal competente de su país.

Art. 29. Los sumarios instruídos por los agentes mencionados en el artículo 15, harán fé en tanto que no adolezcan de vicio de falsedad.

Art. 30. Sin perjuicio de las atribuciones del Ministerio público, el procedimiento que resulte de daños ó pérdidas experimentadas por pescadores de parte de otros pescadores, se hará de oficio por los *maires* ó alcaldes ó por denuncia de la parte civil.

Art. 31. La acción de perseguir tanto de oficio como civilmente á los contraventores por las infracciones de que se trata en el presente reglamento, prescribirá á los sesenta días, contados desde el día en que haya tenido lugar la contravención.

Disposiciones transitorias

Art. 32. El presente reglamento se pondrá en ejecución desde el 1.° de Enero del año siguiente al en que quede promulgado.

Entre tanto se continuará con la actual costumbre, escepto en lo relativo á las épocas de pesca, á las dimensiones que deben tener los diferentes pescados y à las prohibiciones establecidas en los párrafos 3.°, 4.° y 5.° del art. 11, que tendrán cumplido efecto desde el mismo día en que tenga lugar la promulgación.

Se señala el término de un año desde el día en que se promulgue este reglamento, para conformarse á las disposiciones del art. 9.°, que indica las dimensiones de las mallas de las diferentes redes autorizadas.

Art. 33. Las altas partes contratantes se comprometen á no introducir ningún cambio en el presente reglamento sin haber consultado previamente la opinión de un número igual de delegados de las Municipalidades de las dos orillas del Bidasoa.

En fé de lo cual, los plenipotenciarios respectivos han firmado y sellado el presente convenio.

Hecho en Bayona en doble original el 18 de Febrero de 1886.—(Sr. S.).—(*Firmado*).—Justo Pérez Ruano.—(Sr. S.).—(*Firmado*).—Cte., T. Montholón.

Este convenio ha sido debidamente ratificado, y las ratificaciones canjeadas en Madrid el día 11 del corriente mes de Octubre de 1886».

(*Gaceta* del 17 de Octubre).

Pesca.—(*Repoblación y fomento*).—Real decreto del 2 de Setiembre de 1888 dictando disposiciones encaminadas á la repoblación y fomento de la pesca en las principales corrientes y depósitos naturales de agua dulce de la Península.

(*Fomento*). «... Vengo en decretar lo siguiente:

Art. 1.° El Ministerio de Fomento, utilizando las aptitudes y los servicios del cuerpo de Ingenieros de Montes, procederá con urgencia, y en la medida que lo permitan los elementos naturales que pueda proporcionar el establecimiento de piscicultura del Monesterio de Piedra, á la

repoblación y al fomento de la pesca en las principales corrientes y depósitos naturales de agua dulce de la Península.

Art. 2.° Se nombrará con carácter provisional una Comisión directiva de repoblaciones ictícolas, compuesta de tres ingenieros de dicho Cuerpo, la cual, previo un detenido estudio de la hidrografía del país, propondrá, dentro del plazo de tres meses, el emplazamiento más conveniente para los establecimientos locales de piscicultura destinados á la repoblación de las aguas, y formulará los proyectos y presupuestos para su fundación, así como los planes de repoblaciones, que serán sometidos á la aprobación del Ministerio de Fomento, previo informe de la Junta facultativa del ramo.

Art. 3.° Corresponden á esta Comisión los trabajos de instalación de los establecimientos locales; para su conservación y entretenimiento, así como la ejecución de los planes de repoblaciones ictícolas aprobados por el Ministerio de Fomento, quedarán á cargo de los ingenieros jefes de los distritos forestales respectivos.

Art. 4.° A medida que sea necesario, se creará el personal subalterno de piscicultores prácticos pora auxiliar en sus trabajos á los ingenieros jefes de los distritos, recibiendo su instrucción técnica en el establecimiento de piscicultura del Monasterio de Piedra.

Art. 5.° Siempre que sean objetos de operaciones piscícolas los arroyos, ríos ó lagunas pertenecientes á montes públicos, los gastos que aquellas originen se satisfarán con cargo al capítulo del presupuesto de este Ministerio para la repoblación y mejora de aquellas fincas.

Art. 6.° Anualmente, y en vista de las propuestas formuladas para la acreación de nuevos establecimientos locales de piscicultura, de los presupuestos de conservación de los existentes y de los planos de repoblación que la Comisión directiva someta á la aprobación del Ministerio de Fomento, consignará éste en su presupuesto las cantidades necesarias para la ejecución de dichos trabajos, siempre que no afecten á regiones hidrológicas enclavadas dentro del área de los montes públicos». (Real decreto de 2 de Septiembre de 1888.—(*Gaceta* del 16 de Noviembre).

La caza, considerada como arte, no es más que el conjunto de medios que el hombre emplea para apoderarse de los animales salvajes, haciéndose superior á las grandes ventajas que la naturaleza les dió á éstos en su vista penetrante, su oído finísimo y su exquisito olfato, y en su grandísima velocidad, con cuyas condiciones se defienden perfectamente de la persecución del hombre, burlándole muchas veces.

Fue la primera y principal ocupación humana, el ejercicio de la caza, y los hombres primitivos se dedicaron á las cinegéticas tareas, unas veces por necesidad, otras por placer, los más por presentarse ante la naturaleza como el sér superior de la misma. No hay mas que abrir la Sagrada Escritura, para que veamos que el nieto de Noé, Wemrod, era cazador, como lo fueron Ismael, hijo

de Abraham y de Agar, Esaú, David, Chiron, Cástor, llegando á tal extremo la pasión venatoria que Dario hizo poner sobre su tumba, como la más laudable alabanza de su vida, que había sido el mejor arquero y el más hábil cazador de su tiempo. Se divinizó, en fin, la caza, creándose su diosa Diana, haciendo figurasen entre los cazadores los más eminentes personajes de la antigüedad, y considerándola la ocupación favorita de los héroes y de los principes.

Y no sólo en los más antiguos tiempos hubo ese frenesí cinegético, sino que entre los griegos de los tiempos heróicos, vemos un verdadero apasionamiento por la caza, hasta el punto que Platón llamábala ejercicio divino y escuela de las virtudes militares; y Homero consideró como un signo de honor para Ulises, que le durase toda la vida la señal de una herida que le causó en un muslo cierto jabali.

Entre los romanos eran los esclavos y la gente baja la que más generalmente se dedicaba á la caza, si bien hubo un héroe, Escipión, que se dedicó á la caza, y á quien Paulo le hizo el obsequio de un equipaje de caza semejante á los de los reyes de Macedonia; y Pompeyo, el vencedor de los africanos, se entregó á los placeres de la caza, haciéndose frecuente tal ejercicio tanto en los bosques como en los campos, como en los parques cerrados, donde tenían animales de toda clase en tiempo de la república; considerándose la caza más noble la que se hacia con perros, si bien Plinio asegura que también se cazaba con el halcón ó con el gabilán.

Los Francos, entre los pueblos de la moderna historia, no conocian otra diversión que la de las armas, razón por la cual, después de la conquista de las Galias, al encargar á los naturales del país el cultivo de las tierras, se reservaron para sí la caza que estuvo reconocida entre ellos como una ocupación noble y una distracción de las personas de más alto rango.

Era en la antigüedad permitido á todo el mundo la caza, sin que los romanos hubieran todavía cercenado su ejercicio; pero la ley sálica tuvo ya algunos preceptos sobre caza, aunque sin coartar en nada ese derecho natural; dándose después leyes y reglamentos que modificaron su ejercicio, y llegándose á la legislación especial de caza y pesca que hoy se desarrolla en todos los pueblos dando lugar en España á las disposiciones que acaban de consignarse, y á infinidad de Reales órdenes que innecesario es traerlas á una obra de esta naturaleza, porque todas se calcan en los mismos principios y tienen el mismo objeto, por cuyo motivo sólo ligeras consideraciones haremos.

Mucho se ha dicho acerca de la caza; pocos Ministros de Fomento y de Gobernación han dejado de dar disposiciones sobre asunto tal, pero no quedan, apesar de todas las reglas dadas para el ejercicio de la caza, bien coordinados los derechos de todos, pues los propietarios no ven el respeto debido en sus dominios, ni el cazador de buena fé encuentra corrección para el que, abusando de lo que debia constituir un inofensivo recreo, destruye traicioneramente la



caza, y aniquila las más estimadas razas de volatería, algunas de las cuales, las insectívoras, debieran respetarse por todos como colaboradores de la mayor producción agrícola, ó cuando menos no debiera consentirse jamás su caza con reclamo, y menos en día de fortuna.

Sin una acertada y fiel clasificación de las aves; sin haberse establecido esa diferencia que hay necesariamente que establecer entre las aves granívoras, y las insectívoras; sin un reglamento para el ejercicio de la ley de caza, se producen conflictos cada día, y vénse medidas diversas por autoridades distintas tomadas, que llevan consigo la impunidad de los contraventores á la ley de caza, dándose el caso de que mientràs en algunas provincias se persigue á los que se entretienen con la caza de pajarillos, se permite la traidora caza del chozo, ylo que en este país llaman *ramillaires*, los cuales destruyen, más traidoramente que con el chozo, hermosos bandos de perdices aproximándose á éstas en días de viento, ocultos trás de grandes ramas movibles que en forma de enormes arbustos les colocan á mejor tiro.

Nada importa que se den Reales órdenes como las que dejamos transcritas y como las de siete de Mayo de 1880 y 5 de Febrero de 1881, esas órdenes no se cumplen, las vedas no se respetan, y el art. 17 de la ley de 10 de Enero de 1879 es letra muerta.

Asunto es este de importancia suma, en el cual deben conciliarse los intereses del agricultor con los del cazador, evitando que este perjudique á aquel y que aquel con una desmesurada intransigencia haga imposible una diversión que, bien dirigida, en nada puede perjudicarle.

No nos detendremos en distinguir los derechos del que caza en su propiedad, del que caza en propiedades agenas, porque la ley, que consignada queda, está clara en este punto y establece las diferencias convenientes.

Si en relación armónica se ponen los arts. 25 y 27 de la ley de 10 de Enero de 1879, es indudable que el derecho de los dueños para matar los conejos de sus propiedades y el aprovechamiento de los mismos es absoluto, y la ley sólo lo limita desde 1.° de Julio, y previos ciertos requisitos, hasta la conclusión de la veda para la venta y conducción de aquellos. Destinados los conejos al aprovechamiento del dueño de la dehesa donde fueron cazados, ciertas sentencia recurrida, limitando dicho aprovechamiento á la misma dehesa, altera el texto legal é infringe el citado art. 27, penando como falta un hecho lícito, reconocido y sancionado por la ley. (Sentencia de 19 de Septiembre de 1879, de la Sala 2.ª, inserta en la *Gaceta* de 19 de Octubre).

En otra Sentencia de la misma Sala 2.ª, fecha 15 de Noviembre de 1880, se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Joaquín de Molins, contra sentencia que absolvió al procesado en vista de los arts. 25, 27 y 44 de dicha ley, estableciendo: «Que si bien los artículos citados prohiben en absoluto la venta de caza, es indispensable que aparezca como probado que

ésta se hizo en tiempo de veda, porque respecto á la adquirida cuando es permitido, no existe disposición legal que coarte al poseedor la libre disposición de la misma y el conservarla para cuando tenga á bien utilizarla, y no habiendo prueba ni indicio de que el procesado haya cazado en tiempo de veda ó adquirido las piezas con que se dice invitó al público, no puede exigírsele responsabilidad.» *(Gaceta,* de 1881, p. 9.)

Con esto y con tener presentes los arts. 606, 607, al 611 y 615 del Código penal hoy vigente, queda expuesto todo lo que hasta el día aparece en vigor sobre caza y las observaciones que, bien cumplidas, serían de excelentes resultados para su conservación.

Todavía falta legislar acerca de esta materia; todavía estamos sin un reglamento para la ley de caza, en que se haga entender á la gente más vulgar la ejecución de aquella ley que, si no es completa, vino á llenar un vacío en la época que se dió; todavía falta unidad de acción en las autoridades administrativas y judiciales para perseguir los abusos que se cometen, y urge determinar una atinada clasificación de animales que han de ser objeto de la caza.

Art. 612. El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho á perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.

Cuando el propietario no haya perseguido ó cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo ó retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cojido y conservado.

Artículo es este también de los modificados en la 2.ª edición, aunque de modo bien insignificante, puesto que toda la modificación efectuada se reduce á que en el apartado segundo, la frase «poseedor del fundo», que se lee en la primera edición, es sustituída en esta segunda edición, hoy vigente, por la de «poseedor de la finca».

No estaban del todo conformes sobre el derecho de reivindicar las abejas que se fugaban de las colmenas, en nuestro antiguo derecho patrio, las leyes de Partida y las disposiciones del Fuero Real, como no lo estaban tampoco, en la reivindicación de todo animal fiero que, buscando su primitiva libertad, se desembaraza ó huye del yugo de todo dominio, pues mientras las Partidas ponían como condición, para no perder un enjambre ó la caza, que el dueño del

primero ó el cazador no les perdiese de vista en su persecución, el Fuero Real no hacía depender de tal eventualidad su pérdida, sino del tiempo de su persecución.

Dos dias de plazo da nuestro Código al propietario para perseguir el enjambre, en cuya persecución, puede penetrar en fundo ajeno, sin más obligación que la de indemnizar perjuicios á su dueño; en lo cual encontramos más conformidad con el Fuero Real que con las Partidas, si bien regulariza el término de la persecución, prefijando un plazo de dos dias; pero este término no es el de 48 horas en absoluto, término fatal que se concede al dueño de un enjambre que huye fugitivo en busca de una libertad inconsciente, ó que se otorga al cazador para buscar la res herida de muerte, ó en términos de hacerse fácil su ocupación, no; no es lo que suponen algunos comentaristas, porque si el dueño del enjambre persigue lo que consideraba propio, no ha de cejar en sus persecuciones al segundo dia que emprendió tal tarea y cuando más fácil le es el logro de sus fines, no; lo que el Código dice bien claro, es que el dueño de un enjambre que deje transcurrir dos dias sin perseguir la abeja maestra que huye arrastrando tras sí todas aquellas admirables operarias del panal, ó, cuando comenzada su persecución, decae en sus esfuerzos, y creyéndoles inútiles, ó por capricho, abandona su persecución por más de dos días consecutivos, el poseedor del fundo donde el enjambre se anide podrá ocuparlo ó retenerlo. Y esto es muy natural y justo, porque si el término para perseguirlo fuese indefinido, podría confundirse la casualidad del encuentro con una verdara persecución. Además, las abejas no en todos los terrenos se aclimatan de igual manera, no en todas partes encuentran flores que libar, y seria absurdo que, si más conocedoras las abejas de sus necesidades que su poco cuidadoso dueño, se trasladan á otro fundo donde encuentran elementos de vida y de trabajo de que no disponian en el otro predio, fuese á conservar sus derechos dominicales el que no supo cuidar de sus cosas, el que no se cuidó de proporcionar lo necesario al enjambre para su conservación: aqui la naturaleza sábia nos da una de tantas lecciones, provechosas al hombre, y nos demuestra que los derechos dominicales se aumentan ó se disminuyen las más veces en proporción de los cuidados y afanes del propietario.

De los animales amansados, se dice en el Código que el propietario podrá reclamarlos dentro de 20 días, á contar desde su ocupación por tercera persona, pasado cuyo plazo pertenecerán dichos animales al que los haya cogido y conservado. Este precepto es razonable y justo, por más que algunos sostengan lo contrario, y nosotros nos complacemos en elogiarlo, no por servilismo, sino por la misma razón de haberlo visto contrariado en obras de algunos publicistas que, llamándose tales, confunden lastimosamente lo que vemos con claridad la mayoria de los hombres que conocemos nuestro Código. Los libros para entenderlos es preciso leerlos sin amor excesivo y sin odio extremoso. Leyén-

dolos con los ojos de la razón, leyéndolos con imparcialidad, se entienden mejor. Por esto, el que bien lee el último apartado del art. 613 de nuestro Código ha de comprender que, como en este, en los anteriores párrafos, el legislador ha querido no entorpecer la busca de los animales amansados, sino fijar un término para presumir su abandono razonable; establecer una presunción legal basada en la equidad y en la justicia. El animal amansado presupone una naturaleza fiera ó salvaje á la cual es factible vuelva por instinto todo animal que se redujo un día al dominio del hombre por la domesticación: pues bien, ese animal de naturaleza fiera que recuerda su antigua libertad, su vida salvaje, puede emanciparse de la dominación del que fué su señor y propietario, volviendo á su vida primitiva, y entonces al recobrar su libertad absoluta y salvaje entra de nuevo en las cosas *nullius*, y está expuesto á entrar en poder del primer ocupante, y si el primero que lo ocupó no le busca, no le reduce á su dominio, no le reclama de quien lo tenga en su poder, dentro de los 20 días que el Código prefija, ha de presumirse que lo abandona, y, presumiéndose ese abandono, no tendrá derecho á reclamación más allá de aquel plazo: pero si desde el momento que pierde ese animal amansado le busca y dirige sus investigaciones incesantemente, no ha de pararse en los veinte días ni en los veintiuno, sino que continúa sus pesquisas hasta su encuentro y reivindicación por el tiempo necesario para sus fines, sin que á ello se oponga el precepto de este artículo, como no se opone tampoco á las denuncias que sobre su desaparición se hiciesen con arreglo al derecho.

Así es que no comprendemos como hay quien escriba unas cuantas páginas para asegurarnos que la ley de Aguas tiene relación con el precepto que nos ocupa, y que así como dicha ley prescribe que los particulares que extraen de las aguas ó recogen en sus orillas los objetos que los ríos arrastran en su corriente han de entregarlos á la autoridad local para que los tenga en depósito durante seis meses, y adjudicarlos al descubridor si no se presentasen sus dueños á reclamarlos dentro de dicho plazo, previo pago de los gastos de conservación; debía hacerse lo mismo con los animales domésticos cuando se convierten en cosas perdidas.

Pero debe hacerse presente, que no es lo mismo animal doméstico que amansado, y que, aun que lo fuese, no habría contradicción entre la ley de Aguas que fija un término de seis meses para buscar los objetos trasportados por fuerza mayor, y el Código que marca un plazo de 20 días para establecer una presunción de abandono. Las contradicciones han de buscarse en preceptos que tratan de un mismo punto de derecho diversamente, no en prescripciones distintas que recaen sobre diferentes objetos de derecho, y como nada tiene que ver el destino que debe dárseles á los objetos arrastrados por la corriente de un río, con la reivindicación de un animal amansado que hubiere estado en su poder, y al cual se refiere el artículo 612, que de nuestro Código comenta-

mos, de aquí el que no sepamos encontrar esa contradicción, de que tanto se ocupa cierto comentarista, entre este artículo del Código y el art. 48 de la ley de Aguas. Vean nuestros lectores ese art. 48 de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879, que transcribimos íntegra en el tomo II, comparen sus preceptos con los del art. 612 que ahora comentamos del Código, cotejen caso con caso, y prescripción con prescripción, y seguros estamos de que, á poco que mediten sobre esto, se habrán persuadido de que no hay relación entre uno y otro artículo, de que no hay paridad entre uno y otro caso, y que no habiendo esa relación, esa paridad necesaria para comparar por analogía, no puede haber esa contradicción que se pretende encontrar, y que, por rebuscada que sea, no ha de encontrarse seguramente por la mayoría de los jurisconsultos.

Pero aún envuelve un mayor absurdo la idea, que alguno equivocadamente sostiene, de que el precepto de este art. 612, dá facilidades para encubrir con apariencias de hallazgo, hurto, ú otros hechos verdaderamente criminales; pues el precepto del artículo que comentamos, no contraría en nada la ley penal que define perfectamente el hurto, y que sin más que leer el art. 530 del Código penal reformado, no puede menos de comprenderse bajo su esfera esos actos criminosos que tiendan á atraerse furtivamente el ganado ageno burlando la vigilancia de los dueños, de que nos habla cierto comentarista, pues según el sentido jurídico de las palabras hurto, sustracción, ya miremos el Código penal antes citado, ya el Diccionario de la Academia Española, nunca podría prevalecer como bueno y legal el acto que á la sustracción condujese de un ganado, el acto por el que, sin la voluntad de su dueño, uno se apoderase de ganado ajeno: esto aún cuando bajo las palabras *animal amansado*, de que trata el artículo que ahora nos ocupa, pudiera comprenderse toda clase de ganados, que siempre los forma una colección de animales mansos por naturaleza, no amansados de los que aquí exclusivamente tratamos.

No hay paridad de casos: los ganados, los animales mansos, los animales domésticos á que se refiere el aludido publicista, no son los animales amansados de que trata el art. 612 de nuestro Código, no son las cosas muebles perdidas por sus dueños, ¡no son, mucho menos, los animales, muebles, ú objetos que arrastranlos ríos en sus corrientes. Por consiguiente no hay paridad de criterio para resolver cuestiones semejantes. Dispénsenos el docto é ilustradísimo profesor de la Universidad de Barcelona, las cosas, ó los objetos del derecho, hasta para su reivindicación, se han de tratar según sus orígenes, según su naturaleza; y á poco que el mismo reflexione, comprenderá en su buen juicio, que ha sufrido una equivocación: lo cual no tiene nada de particular: escribimos deprisa, porque aprisa se vive, y porque urge decir algo acerca de la inteligencia de nuestro Código; y en la precipitación con que escribimos, y en la celeridad con que examinamos éste nuevo cuerpo de derecho, no siempre leemos, no siempre vemos lo que escrito está, ni la verdadera significación de lo que leemos,

¿por qué no confesarlo?: ¿á qué pretender que nuestros estudios sean perfectos? son meramente unas posiciones más ó menos acertadas de la gimnasia intelectual; movimientos más ó menos acertados, más ó menos precipitados de nuestras limitadas inteligencias, en las cuales se encierran muchos errores aún contra nuestra voluntad, pero què sin amor propio debemos reconocer.

Se encuentran precedentes según hemos dicho en las leyes de Partida y en el Fuero Real; pero además de ver tales precedentes en la ley 22, tit. 28, Partida 3.ª, y en la ley 17, tit. 4.º, lib. 3.º del Fuero Real, ocupábanse ya de este asunto los párrafos 2 al 4 de la ley 5.ª lib. 41, tit. 1.º del Digesto; en el párrafo 14, tit. 1.º, lib. 2.º, Inst.; y en la ley 2.ª, tit. 6.º, lib. 8.º del Fuero Juzgo, determinando unos que el dueño de un enjambre, seguiria siéndolo mientras no lo perdiése de vista, otros que continuaba bajo su propiedad, miéntras le persiguiese, pero sin determinar las presunciones legales de abandono que establece nuestro Código, cuando se dejan transcurrir los términos allí fijados sin perseguirlo, ó cuando abandonadas sus gestiones dejásen transcurrir iguales plazos sin renovar la persecución; pero ni en los unos ni en los otros precedentes se vé determinado un plazo, como en nuestro Código, á fin de no dejar indefinido el término de la persecución.

Ya al ocuparnos de la posesión, vimos en el art. 465 de éste Código, que los animales fieros sólo se poseen mientras se hallaren en nuestro poder; los domesticados ó amansados se asimilan á los mansos ó domésticos, si conservan la costumbre de volver á la casa del dueño: ya con tal motivo, vimos la ley de caza, en cuyos arts. 2 al 6, se consigna lo precedente, y en cuyos preceptos encontramos bien definida la naturaleza de los diferentes animales. Si, según tales disposiciones, son fieros ó salvajes los que vagan libremente y no puedan ser cogidos sino por la fuerza; si son amansados ó domesticados los que siendo por naturaleza fieros ó salvajes, se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre; si los animales amansados ó domesticados son propios del que los redujo á tal condición mientras en ella se mantengan; y según el art. 4.º de la ley de caza, dejan de pertenecer al que fué su dueño, cuando recobran su primitiva libertad, llegando á ser entónces del primero que nuevamente les ocupa; evidente es que el precepto del art. 612, que de nuestro Código comentamos, no hace más que confirmar el precepto de aquella ley especial, en la que muy concienzudamente se determina por su art. 5.º, que los animales mansos ó domésticos (no amansados ó domesticados, tengase bien en cuenta) ó sean los que nacen y se crian bajo el poder del hombre, son siempre de éste, aunque sin su voluntad salgan de su poder, y puede reclamarlos de cualquiera que los retenga, pagando los gastos de alimentación. Este es un argumento más en contra de los pocos publicistas que confunden los animales domésticos con los amansados, y el caso del articulo que nos ocupa con las consecuencias de la fuerza del rio.

Pero veamos si en las legislaciones extranjeras pueden encontrar apoyo los

que sostienen tales teorías. El Código de Italia, en su art. 713, viene á disponer lo mismo que el nuestro: *Todo propietario*, dice, *de un enjambre de abejas tendrá derecho á seguirlo en el predio ageno, pero deberá indemnizar los daños ocasionados al dueño del mismo. Cuando el propietario no lo haya seguido en dos dias ó haya dejado de seguirlo durante dicho tiempo, el poseedor del predio podrá cogerlo y conservarlo.—El mismo derecho corresponderá al propietario de animales domesticados, sin perjuicio de la disposición del art. 462; pero podrá apropiárselos el que los haya cogido y conservado, sino fuesen reclamados en un plazo de veinte dias.* — Y el art. 462 de aquel Código ya citado, dice: *Las palomas, conejos y peces que se pasen á otro palomar, conejera ó estanque, serán adquiridos por el propietario de estos objetos sino han sido atraidos con artificio ó fraude.*

De manera que ese Codigo Italiano, es un verdadero precedente del nuestro, con el cual concuerda perfectamente sin que á ningún comentarista de aquel Código se le haya ocurrido ver contradicción alguna.

Si abrimos el Código de la República Argentina, vemos que el art. 2544, previene que: *Mientras el que tuviere un animal domesticado que recobre su libertad, le fuese persiguiendo, nadie puede tomarlo ni cazarlo*; y el artículo 2545, preceptúa que: *Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del propietario de ellas, entiéndese que vuelven á su libertad natural, si el dueño no fuese en seguimiento de ellas, y sólo en este caso pertenecerán al que las tomare.* Sirviéndoles de complemento, el artículo 2546, que, en sentido más restrictivo que el nuestro Código, dice: *Si el enjambre posare en terreno ageno, cercado ó cultivado, el dueño que lo persiguiere no podrá tomarlo sin consentimiento del propietario del terreno.*

Lo mismo vemos en los Códigos de México, Baja California, Campeche y Veracruz-Llave. Especialmente los tres primeros, conformes están de toda conformidad en que es licito á cualquiera apropiarse de los enjambres que no hayan sido encerrados en colmenas, ó que habiéndolo estado, las han abandonado; y asi se lee en el art. 850 del Código de México, en el 755 del Código de la Baja California, y en el art. 850 del de Campeche; como guardan perfecta conformidad en que, no se entiende que las abejas han abandonado las colmenas, cuando se hace en predio propio del dueño, ó éste las persigue llevándolas á la vista, lo cual expresan terminantemente los arts. 851 del Código de México, 756 del de la Baja California, y el 851 del de Campeche.

En cuanto á los animales feroces que se escapan del encierro en que los tenian sus dueños, podrán ser destruidos y ocupados por cualquiera, según determinan los arts. 852 del Código de México, el 757 del de la Baja California, y el 852 del de Campeche, rigiéndose la ocupación de los animales domésticos por las disposiciones relativas á los bienes mostrencos; asi

al menos lo determinan los arts. 853 de los Códigos de México y Campeche y el art. 758 del de la Baja California; pero téngase bien en cuenta, que sólo los animales domésticos son los que se equiparan con las cosas muebles, y que á ellos sólo se refieren los capítulos 4.° de los títulos 2.° de los libros 2.° de los Códigos de México y Campeche, é igual teoría se desenvuelve en el mismo capítulo 2.° del tít. 2.° del lib. 2.° del Código de la Baja California; encontrándose preceptos análogos en los arts. 402 á 404 del Código de Portugal, en los arts. 556 al 560 del Código de Guatemala, y en los arts. 620 al 623 del Código de Chile, 696 del de Colombia y 230 de Sajonia.

Art. 613. Las palomas, conejos y peces, que de su respectivo criadero pasaren á otro perteneciente á distinto dueño, serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio ó fraude.

Viene á demostrarnos el legislador con el precepto de este artículo que sabe diferenciar la clase de animales que corresponden siempre al propietario, de aquellos que no pueden corresponder cuando sin artificio ni fraude de ningún género, han pasado á otro criadero; porque los conejos, las palomas y los peces no podremos considerarles jamás como domésticos, puesto que no es fácil someterles á nuestra voluntad, ni vuelven siempre de ordinario cuando se les deja en libertad, ó al menos no vuelven siempre que al hombre que los ocupó le parece conveniente. Y aún se suelen ver algunos palomares que ya porque sus palomas sean ó parezcan mansas, ya porque se hallen bien domesticadas, ya porque el instinto de conservación les obligue á acudir á la casa donde comen, es lo cierto que no sucede con la misma facilidad lo propio con los conejos, ni mucho menos con los peces que si encuentran un medio de evadir su encierro lo utilizan sin demora y buscan instintivamente su libertad; por ello está perfectamente determinado que pertenezcan exclusivamente al que los posee, á no ser que para ello se hayan empleado amaños ó fraude.

Ya el art. 32 de la ley de 10 de Enero de 1879, preceptuaba que, no podrá tirarse á las palomas domésticas agenas, sino á distancia de un kilómetro de la población ó palomares, y aún así no podrá hacerse con señuelo ó cimbeles ni otro engaño: así como los arts. 26 al 28 de la expresada ley se ocupan de la caza de conejos, acerca de lo cual encontramos una decisión, en Sentencia de 15 de Noviembre de 1880.

Parece tomado el precepto de este artículo del art. 610 del Proyecto de Código de 1882, y tiene sus concordancias en el art. 564 del Código Francés que es idéntico al nuestro, en el art. 462, que ya transcribimos en otro lugar del Código de Italia, en el art. 564 del Código de Bélgica, observándose gran analogía en los arts. 555 y 557 del Código de Guatemala, en los arts. 619 y 621 del Código

de Chile y otros varios. Los Códigos de México, Baja California, Campeche y Veracruz se refieren á las leyes especiales de caza y pesca.

Art. 614. El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 351 de este Código.

Al comentar el art. 351 del Código que nos ocupa, expusimos algo relativo á los tesoros, haciendo una relación de lo que en Roma se entendía por tal, de las disposiciones que habían venido sucediéndose desde la ley del Digesto hasta las Partidas, cuyos preceptos fueron restablecidos por la ley de 16 de Mayo de 1835, y significamos los diferentes Códigos extranjeros que de tales tesoros se ocupan. Hoy no hemos de reproducir lo allí expuesto, y sólo hemos de referirnos á las leyes 31, párrafo 1.°, lib. 41 del Digesto; á la ley 45, tít. 28, Part. 3.ª, y al art. 1.° de la ley de 16 de Mayo de 1835, ya citada, y que restableció la expuesta ley de Partida, en virtud de la cual se mandó adjudicar al dueño del terreno los tesoros hallados en el mismo, por su propietario ó por los trabajadores llevados con tal intento, previniendo que se partirán por mitad dichos tesoros entre el dueño del terreno y el inventor, cuando de la casualidad fuese hijo tal hallazgo.

Ocupáronse de esto tanto el art. 395 del Proyecto de Código Civil de 1851, como el art. 611 del Proyecto de 1882. El art. 2556 del Código de la República Argentina, prevenía, de conformidad con la citada Ley de Partida, que el que hallare un tesoro en predio ajeno, será dueño de la mitad de él; y la otra mitad corresponderá al propietario del predio.

Análogos preceptos contienen los Códigos de Portugal, en sus artículos 422 al 427; de Chile, en sus artículos 625 al 628; de Uruguay, en su art. 83, y de Guatemala en su art. 563. Mas así como el Código de México en sus artículos 854 al 866, adjudica el tesoro al dueño del terreno en que se encuentre cuando él es el que lo descubre, sin tener para nada en cuenta los años ó antigüedad de dicho tesoro, y otorga la mitad al inventor, adjudicando la otra mitad al dueño del terreno, cuando el descubrimiento fué casual, como sucede en iguales artículos del Código de Campeche y en los artículos 759 al 770 del de la Baja California; en Portugal se tiene muy presente la antigüedad de dichos tesoros, los cuales se adjudican en su integridad al dueño del terreno cuando es éste quien lo descubre, si cuentan más de treinta años de antigüedad, y se le concede la tercera parte al inventor cuando éste no fuere el dueño del terreno; pero cuando el tesoro no data de treinta años ó hay motivos racionales para suponer que su antigüedad no alcanza al expresado período de tiempo, entonces el inventor tiene el deber de publicar el hallazgo en la *Gaceta Oficial*, dando previamente conocimiento á la autoridad, después de cuyos anuncios y transcurridos que

sean dos años sin haberse personado alguien á reclamarlos, se adjudican al que los encontró.

El art. 614 que de nuestro Código comentamos, no es tan vasto en su extensión ni tiene los alcances que se ven en los artículos 351 y 352 de este mismo Código, en los que no sólo se trata del tesoro oculto que pertenece al dueño del terreno en que se halla, sino en los del Estado, y en los que á éste se adjudican por ser interesantes á las ciencias y á las artes; definiéndose allí también lo que por tal tesoro se entiende.

No diremos precisamente que confusión cause el ver tratado un asunto en dos diferentes puntos del mismo Código, pues en aquellos artículos antes citados ó sean los 351 y 352, parecia darse á entender que el tesoro debia ser objeto de tales preceptos como un objeto del derecho de propiedad, y en el art. 614, que ahora nos ocupa, preséntase como un medio de adquirir dicha propiedad y trátase del mismo, bajo tal concepto, al estudiar la ocupación como tal medio de adquirir la propiedad. Nosotros, sin embargo, creemos que implicaría un mejor método, ocupándose de esos tesoros en un sólo capítulo.

Art. 615. El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla á su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo.

El Alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos.

Si la cosa mueble no pudiere conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio.

Pasados dos años, á contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada, ó su valor, al que la hubiese hallado.

Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, á satisfacer los gastos.

Las prescripciones que este artículo entraña vienen á corroborar los preceptos del Código penal, en los que, preveyendo el legislador que so pretexto de hallazgos de cosas perdidas habrían de cometerse verdaderos delitos de hurto, califica de tales los hechos de apoderarse con intención de lucro, de las cosas perdidas que uno se hallare sabiendo quien es su dueño; pero como la evasiva de suponer esa falta de conocimiento del dueño de la cosa perdida daria lugar

á justificar actos reprochables que envuelven en si la idea de un delito, de aqui el que en este Código Civil se haya venido á determinar que todo el que encuentre una cosa mueble que no sea un tesoro, debe restituirla á su dueño; y para que no haya excusa ni pretexto, ha de cumplir el deber, caso de que no conociera á dicho dueño, de entregar á la autoridad local el objeto encontrado á fin de que se practiquen las diligencias necesarias para averiguar quien sea el verdadero dueño; de esta manera se cumple un principio de justicia al propio tiempo que se evita el peligro de una mal entendida apropiación; y rindiendo un tributo á la equidad, si después de transcurridos los dos años y verificados los anuncios que el Código previene no se encontrare verdadero dueño, se adjudica con razón sobrada al que de buena fé encontró un objeto perdido y cumplió las formalidades que el artículo que comentamos prescribe. Más como podia suceder que el objeto encontrado, para su conservación, necesitase cuidados que originaran gastos, el legislador ha previsto el caso, llevando la equidad hasta el extremo de obligar al dueño, si pareciere, ó á la persona á quien se le adjudique la cosa á la satisfacción de los gastos ocasionados al efecto. De manera que relativamente á dicho artículo no puede tacharse al legislador de imprevisor, ni carece la prescripción que nos ocupa de los detalles y minuciosidades que apetecer pudiera el mas escrupuloso y el que mas, en los preceptos legales, busca vias subrepticias para evadir el cumplimiento de la ley.

Precedentes tenemos en la Ley 50, tit. 33, Partida 3.ª, en la que se prescribe que, para que una cosa mueble pueda ser ocupada por uno, se hace indispensable haya sido abandonada por su dueño, sin ánimo de recuperarla ni conservarla; y no sólo tenemos esta disposición de carácter general en nuestro antiguo derecho, sino que en leyes especiales, como en el Reglamento para la ejecución de la ley de Ferro carriles de 8 de Septiembre de 1878 (art. 181), en la Real Orden de 24 de Enero de 1863, sobre objetos olvidados en los coches, y en el art. 530 del Código penal hoy vigente, se trata ya de las penas en que incurre el que se apropiare de una cosa ajena perdida.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 612, se ocupaba también de esto en términos análogos; y concordancias encontramos en los arts. 715 al 717 del Código de Italia, en cada uno de los cuales se ve consignada la materia que comprende cada uno de los párrafos del art. 615 que de nuestro Código comentamos, con ligero cambio de palabras; pues el art. 715, preceptúa que el que haya encontrado un objeto mueble que no tenga la cualidad de tesoro, deberá restituirlo al poseedor precedente, y si no lo conociese, deberá inmediatamente depositarlo en poder del Sindico del lugar en que se encontrare, es decir, de la Autoridad local ó Alcalde del pueblo á que se refiere el primer párrafo de nuestro art. 615, con el que tanta analogia tiene.

Viene luego el art. 716 del mismo Código Italiano, y en él se previene, que el Sindico deberá hacer público el depósito, por medio de anuncios renovados

en la forma habitual, durante dos domingos consecutivos; lo cual no significa otra cosa que lo expuesto en el párrafo 2.° del art. 615 de nuestro Código que comentamos.

Y luego vemos, en el art. 717, del ya indicado Código de Italia, que coincidiendo perfectamente con el párrafo 4.° del nuestro, objeto de este comentario, prescribe que pasados dos años desde el dia de la segunda publicación, sin que se haya presentado el propietario, la cosa, ó su precio cuando las circunstancias hayan exigido la venta, pertenecerá al que la encontró. Más, el segundo párrafo de este articulo, previene, como el quinto del nuestro, que el propietario de la cosa perdida y el que la haya encontrado, deberán, al reintegrarse de la misma ó de su precio, pagar los gastos que hayan ocasionado. Es más, el Código Italiano en su art. 718, supone en el propietario de la cosa, la obligación de recompensar al que la encontró, si éste lo exigiera, la décima parte de la suma ó del precio común de aquélla, no excediendo su valor de 2,000 liras, en cuyo caso no habria de abonársele más que la vigésima parte, en cuanto al exceso de dicho valor.

El Código de la República Argentina, en sus arts. 2531 al 2539, se ocupa minuciosamente de este caso; y partiendo de la base de que no se presume la cosa abandonada por su dueño si es de algún valor, sino que debe conceptuarse perdida; previene que el que se hallare una cosa en tales condiciones, no está obligado á tomarla, mas si lo hiciere, carga, mientras la tenga en su poder, con las obligaciones del depositario, que recibe una recompensa por sus cuidados. Si el que se halle la cosa, conoce ó conocer puede quien es el dueño, debe darle inmediatamente noticia de ella, y si asi no lo hiciere, pierde todo derecho á recompensa, aunque ofrecida le sea por el propietario, como pierde asimismo toda compensación por su trabajo, y por los gastos que hubiere hecho. Pero el artículo 2533, viene á establecer, como regla general, que el que hubiese hallado una cosa perdida, tiene derecho á ser pagado de los gastos verificados en ella, y á una recompensa por el hallazgo, pudiendo el propietario eximirse de toda reclamación, cediendo la cosa al que la halló. Y luego, los articulos sucesivos antes citados, vienen á prescribir que el que se hallare una cosa, cuyo dueño ignorase, debe entregarla al Juez más inmediato, ó á la policia del lugar, quienes deberán poner avisos de treinta en treinta dias, vendiéndose en pública subasta si en el término de seis meses, desde el último aviso, no se presentare persona que justifique su dominio, y deduciéndose del producto los gastos de la apreensión, y recompensa debida al que la hubiere hallado, para ingresar en las cajas de la Municipalidad del lugar en que se halló la cosa, el remanente de su precio, pues consideran que al Municipio corresponde lo que en su término se encontrare sin dueño, lo cuál no deja de dar cierta importancia al principio socialista, en perjuicio del individuo que encuentra cosas perdidas.

Si el dueño parece antes de la subasta de la cosa, le será restituida pagan-



do gastos y la recompensa que el Juez adjudicare al que la halló; mas subastada ya la cosa, la pierde irrevocablemente, á no ser que prefiriese pagar los gastos y el precio del remate. Y el art. 2539 del referido Código, sienta la tesis, de que comete hurto el que se apropiare de las cosas que hallare, y no procediese según las disposiciones anteriores; así como también cuantos se apropiaren de los despojos de los naufragios y de las demás cosas hechadas al mar ó á los ríos para aligerar los buques, lo cual encontramos en extremo justo, porque por mas que no haya la sustracción material de la cosa ajena del lugar donde ésta debiera permanecer á disposición del poseedor, existe la ocupación de una cosa que sabemos no nos pertenece, el aprovechamiento de lo perdido, bien por accidente, bien por otra causa cualquiera, sin la voluntad de su dueño, y el objeto principal de todo hurto, que es utilizar la cosa hurtada. De manera, que vemos en ésto los dos elementos indispensables constitutidos del hurto, y no podemos menos de reconocer su existencia, por más que algunos autores traten de enseñar que la aprensión de una cosa hallada, aunque se verificase con intención de apropiársela, no constituye un delito de hurto, por cuanto suponen que falta el elemento material de la sustracción de la cosa ajena del punto donde debia encontrarse.

Análogos preceptos se encuentran en los articulos 414 al 419 del Código de Portugal, en los arts. 687 al 692 del Código de Uruguay, en los arts. 566 al 570 del Código da Guatemala, y en los arts. 629 al 634 del de Chile, con ligeras variantes acerca de los plazos de los anuncios y de la duración del depósito de la cosa hallada. Pero, donde vemos verdaderas concordancias con los preceptos de nuestro Código es en los arts. 808 al 825 del Código de México, en los artículos 710 al 727 del Código de la Baja California y en los arts. 811 al 825 del Código de Campeche, puesto que en unos y otros preceptos de los tres Códigos que acaban de citarse, se previene que el que se hallare una cosa perdida ó abandonada deberá entregarla dentro de veinticuatro horas á la Autoridad politica ó municipal del lugar, ó á la más cercana si el hallazgo se verificó en despoblado. La Autoridad dispondrá desde luego que la cosa hallada se tase por peritos y la depositará en el Montepio ó en poder de persona segura, exigiendo formal y circunstanciado recibo, fijándose avisos en los lugares públicos que se insertarán también en los principales periódicos, tres cuatro, seis, ú ocho veces durante uno, dos, tres ó seis meses, según que el valor de la cosa no pasare de diez pesos ó excediere de diez, cincuenta y cien pesos respectivamenie. También previenen dichos Códigos que, si la cosa hallada fuere de las que no pueden conservarse, la Autoridad debe disponer desde luego su venta y mandar depositar su precio; que si fuere algún animal el objeto perdido, no llegando su precio á cincuenta pesos, se venderá al fin del primer mes; si no llega á cien pesos su valor, la venta se hará á los dos meses; si pasa de cien pesos tendrá lugar la venta á los tres meses depositando siempre

su valor: que las reclamaciones se harán ante el Juez de primera instancia con audiencia del Ministerio público: que si el reclamante es declarado dueño se le entregará la cosa ó su precio con deducción de los gastos: que si el reclamante no logra se le declare dueño, ó dentro de los plazos antes indicados nadie reclamare la propiedad de la cosa, se venderá ésta en pública subasta, dando una cuarta parte de su valor al que la halló, y destinándose las otras cuartas partes restantes al establecimiento benéfico que designe el Gobierno, pagando el dueño á la Hacienda los honorarios de los tasadores, las inserciones de los anuncios en los periódicos, la manutención de los animales objeto del hallazgo y los demás gastos necesarios, por más que las diligencias que practique la Autoridad política ó gubernativa deberán ser gratuítas, é incurriendo en multa el que al hallarse una cosa perdida ó abandonada no la entrega á la Autoridad política dentro las veinticuatro horas, lo mismo que el que teniendo noticia de hallarse abandonada alguna cosa inmueble y quiera adquirir la parte que le corresponda no hiciere la denuncia procedente, sin que la imposición de esa multa, de cinco á cincuenta pesetas, le libre de las penas que como detentador merezca.

De modo, que vemos que estos tres Códigos son todavía más restrictivos que el de la República Argentina y el nuestro, por más que sean los que mayor concordancia guardan.

En los Códigos de Francia y de Bélgica, cuyo articulado conviene generalmente en su numeración, como conviene en todas sus partes hasta el extremo de parecer una copia el uno del otro, á penas se trata del asunto que nos ocupa en el artículo que comentamos, puesto que los artículos 717 de aquellos respectivos Códigos, sólo expresan que también se regulan por leyes particulares los derechos sobre los objetos arrojados por el mar, sea cualquiera su naturaleza, y sobre las plantas y yerbas que nacen y crecen en sus costas; previniendo también que lo mismo sucede con las cosas perdidas cuyo dueño no se presente. Revisando los referidos códigos Belga y Francés, se encuentra algo, aunque muy poco, de la posesión en el capítulo 2.°, tít. 20, lib. 3.°, en el que se define ésta como la ocupación ó disfrute de una cosa ó de un derecho que se tiene ó ejerce por uno mismo ó por otro que la tiene y ejerce en su nombre: pero se trata allí de esa posesión ú ocupación de una cosa como medio ó, mejor dicho, como uno de los requisitos indispensables de la prescripción, puesto que ésta no puede existir sin aquella, y así lo da á entender el art. 2229 de los Códigos indicados Francés y Belga. Y en el capítulo 5.° del mismo título, casi á su terminación, se encuentra el artículo 2279, en el que se expresa que tratándose de muebles, la posesión significará título; pero que, á pesar de esta regla general, el que hubiere perdido ó le haya sido robada una cosa podrá reivindicarla durante tres años, contados desde el día de la pérdida ó robo, de aquel en cuyo poder la encuentre, salvo el recurso que éste tiene contra aquel

de quien la haya recibido. Y no es esto sólo, sino que en algunas Sentencias del Tribunal de casación Francés, entre ellas la de 22 de Junio de 1848 y la de 23 de Diciembre de 1863, se resuelve lo procedente al caso para la reivindicación de muebles robados, y luego el art. 2280 determina de un modo claro que si el actual poseedor de la cosa perdida ó robada la hubiere comprado en feria ó en venta pública, ó de un mercader que venda cosas semejantes, no podrá el dueño primitivo reivindicarla sino reembolsa su precio. Pues bien, á pesar de ser estas la prescripciones de los Códigos Francés y Belga, que más adaptar puedan ó en las que más analogías se encuentran con las que de nuestro Código comentamos al presente, viene asegurándose con una formalidad extraordinaria y con una autoridad que pasma á cualquiera que el art. 615, que de nuestro Código comentamos, concuerda exactamente con el art. 739 del Código de Bélgica y de Francia; y ese art. 739, que el Sr. Falcón en sus importantes comentarios al Código asegura que concuerda exactamente con el 615 que nos ocupa, lejos de tener tal concordancia, carece absolutamente de relación entre las cosas muebles perdidas de que nos ocupamos, y lejos está de comprender ninguno de los medios de adquirir la propiedad, puesto que dicho artículo 739 de los Códigos Francés y Belga, dice textualmente lo siguiente: *La representación es una ficción de la Ley, cuyo efecto es hacer entrar á los representantes en el lugar, grado y derechos de los representados.* De manera que la cita no puede ser más errónea, lo cual no nos extraña, porque más de una hemos encontrado con parecidas equivocaciones, como la que se vé en la nota al artículo 614, en la que se cita la Ley 15, tit. 28, Part. 3.ª, que trata de *Como los muros è las puertas de las cibdades son llamadas santas cosas*, en vez de citar la Ley 45, tit. 28, Part. 3.ª, que se ocupa de *Cuyo deve ser el thesoro que ome falla en la su heredad ó en la agena.*

Art. 616. Si se presentare á tiempo el propietario, estará obligado á abonar, á título de premio, al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte de la suma ó del precio de la cosa encontrada. Cuando el valor del hallazgo excediere de 2.000 pesetas, el premio se reducirá á la vigésima parte en cuanto al exceso.

Poco ó nada podemos decir acerca de este artículo del cual casi hemos adelantado todo comentario al tratar del artículo anterior; pues al examinar las concordancias que entre dicho precepto y los de algunos Códigos extranjeros existen, hemos visto que el art. 718 del Código de Italia, allí transcrito en su esencia, previene que el propietario de la cosa deberá pagar á título de recompensa al que la haya encontrado, si éste lo exige, la décima parte de la suma ó del precio común de aquella; y que si esa suma ó precio excediese de

2,000 liras, la recompensa en cuanto al exceso será solamente de la vigésima parte. De manera que quitadas las expresiones «si este lo exige» y sustituida la palabra lira por la de pesetas, es idéntica en lo esencial la redacción del art. 616 que de nuestro Código Civil comentamos, á la del art. 718 ya indicado del Código de Italia. Y tal precepto está basado en los más extrictos principios de equidad y de justicia; porque justo y equitativo es que el dueño de una cosa perdida recompense á aquel que la hallare, y pone cuantos medios legales están á su alcance para que vuelva la cosa á su verdadero dueño. Tan justo y tan equitativo es que cualquiera que haya perdido un objeto, habrá sentido al recobrarlo un impulso instintivo en virtud del cual, sin hacerse reflexión de ningún genero, la primera idea que invade su mente es la de mostrar su agradecimiento al que se la presenta, dándole una gratificación: y prueba de que esto es hijo de un sentimiento de justicia y de equidad, sentido y generalizado en todos los paises, que sin ponerse de acuerdo, la mayor parte de los Códigos extranjeros traducen ese sentimiento de gratitud innato en el hombre, en preceptos positivos que consignan en sus Códigos: asi se vé que en su art. 2533, el Código de la República Argentina, preceptúa, que el que hubiere hallado una cosa perdida, no sólo tiene derecho á ser recompensado de los gastos hechos en ella, sino á una recompensa por el hallazgo; y si bien no se consigna en dicho articulo el tanto á que debe ascender la recompensa, si se atiende á la prescripción del art. 2536 del mismo Código, queda el fijarla al arbitrio del Juez, como prescribe también el art. 689 del Código del Urugüay, el 632 del Código de Chile y algún otro.

Los Códigos de México y Baja California, fijan en una cuarta parte del valor de la cosa perdida, la recompensa que ha de darse al que la halló, ocupandose de ésto, no sólo los arts. 818 y 821 del Código de México y el art. 620 del de la Baja California, sino que también los arts. 819 y 822 del Código de Campeche que fija la tercera parte del precio de la cosa como recompensa, de la misma manera que lo hace el Código de Guatemala, en su art. 269.

Se encuentran precedentes en el art. 613 del Proyecto de Código de 1882.

Resoluciones hay relativas á la teoria de los tesoros, que los Tribunales han dado en diferentes épocas; siendo una de las más dignas de tenerse en cuenta, la que entraña el Real Decreto, sentencia de 23 de Junio de 1884 sobre tesoros en Ultramar estableciendo que están derogadas las leyes de Indias, relativas á la investigación de las riquezas escondidas y soterradas; que la legalidad vigente para el caso, es la Ley de 9 de Mayo de 1835 y la Ley 45, tit. 28, Partida 3.ª; y que no pueden practicarse en los conventos, trabajos encaminados á conseguir la invención ó descubrimiento de tesoros sin permiso de la autoridad eclesiástica. De manera, que según esta decisión, que es una de las últimas dictadas por el Consejo de Administración de la Isla de Cuba, á las disposiciones en la misma indicadás, deberán someterse en Ultramar sobre esta materia, en cuanto no se opongan á lo establecido en el Código que comentamos.

Art. 617. Los derechos sobre los objetos arrojados al mar ó sobre los que las olas arrojen á la playa, de cualquier naturaleza que sean, ó sobre las plantas y hiervas que crezcan en su ribera, se determinan por leyes especiales.

Es este artículo uno de los que hacen referencias á disposiciones especiales señalándolas como las reguladoras de estos hechos, también especialísimos; por eso lejos de extrañarnos como les extraña á algunos publicistas el que este Código no consigue expresamente preceptos relativos al caso que nos ocupa, nosotros no vemos nada de particular en esto, puesto que si al redactar este nuestro Código, habia ya disposiciones vigentes técnicas y terminantes para regular los hechos especiales, que por necesidades extremas, han de verificarse en el mar, al efecto de evitar naufragios y mayores desgracias; si leyes especiales se ocupan de las zonas marítimas y de cuanto se relaciona con el cuidado de puertos y costas, no comprendemos el porqué de la extrañeza que parece asaltar á algunos comentaristas al ver que el legislador en este art. 617 del Código, haya hecho referencia á las leyes especiales para determinar los derechos sobre los objetos arrojados al mar ó sobre los que las olas arrojen á la playa ó sobre las plantas y hierbas que crezcan en sus riberas, pues realmente más que una parte integrante del derecho civil privado, esta materia puede y debe ser objeto de leyes administrativas, que más bien tienen un carácter público que particular. Por esto debemos remitir á nuestros lectores á la Ley de 9 Mayo de 1035, que al Estado concede los bienes de que habla el articulo que nos ocupa; y á las leyes de 11 Abril de 1848 y 7 Mayo de 1880.

Tiene sus precedentes en el art. 614 del Proyecto de 1882, en las disposiciones ó leyes especiales anteriormente citadas, principalmente en el art. 5.° de la Ley de 7 de Mayo de 1880, sobre puertos; en los arts. 1.° y 4.° de la indicada ley de 11 de Abril de 1848, en algunas disposiciones del Digesto, del Código Romano, de la Instituta y de las Partidas; y guardar perfecta concordancia con el art. 717 del Código Civil Francés, con el art. 719 del Código de Italia, que es en la esencia igual al nuestro, pues previene lo siguiente: *Los de rechos sobre las cosas echadas al mar, sobre aquellas que las olas arrojen á la playa ó sobre las plantas ó hierbas que crezcan en las orillas del mar, se determinan por leyes particulares.* El Código de Bélgica en su art. 717, lo mismo que el ya citado del Código Francés, preceptúan que se regularán por leyes particulares los derechos sobre los objetos arrojados por el mar, sea cualquiera su naturaleza, y sobre las plantas y hierbas que nacen y crecen en sus costas.

Análogos preceptos vemos en el Código de Portugal, en el de Guatemala y en el de Chile; y en la última parte del art. 2528 del Código de la República Argentina, se viene á preceptuar que no son susceptibles de apropiación las cosas que sin la voluntad de los dueños caen al mar ó á los ríos, ni las que se

arrojan para salvar las embarcaciones, ni los despojos de los náufragos. El Có digo de México en su art. 526, dice, que se rige por el Código de Comercio la ocupación de las embarcaciones, de su carga y de los objetos que el mar arroja á las playas, ó que se recojen en alta mar; é igual precepto contienen el articulo 728 del Código de la Baja California y el art. 826 del Código de Campeche.

Todo lo expuesto demuestra más y más la sin razón de la extrañeza que expresa algún comentarista, porque nuestro Código no consigna preceptos generales relativos al asunto que nos ocupa, y porque hace referencia á las leyes especiales antes citadas; pues la mayoria de los Códigos se expresa en el mismo sentido que el nuestro, y sólo en Guatemala se dedican tres articulos (del 571 al 574) á la materia que nos ocupa, y en el de Chile se dan las reglas oportunas, ó mejor dicho, se sientan principios generales en cuatro articulos (635 al 639), sin que en ellos sea dable preveer todos los casos relativos al asunto con la misma precisión y detalles que se hace en las leyes especiales que en vigor tenemos en nuestro país y en las que actualmente rigen en naciones tan civilizadas como Francia, Italia, Inglaterra, Bélgica y otras varias que más adelantadas están en la regularización de los derechos de los ciudadanos.

TÍTULO II

De la donación

CAPITULO PRIMERO

De la naturaleza de las donaciones

Art. 618. La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuítamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.

También en esto estamos disconforme con el señor Falcón, pues dicho señor, con toda la ilustración que le distingue, expone y asegura que está muy lejos de hallarse universalmente aceptada la idea de considerar la donación como un modo de adquirir distinto de la obligación ó del contrato; y aunque sentimos muy de veras hallarnos en nuestra insignificancia tan lejos del respetable profesor de esta Universidad, cuyos comentarios al Código no habiamos conocido hasta el presente, no podemos menos de rebatir tal teoría y sostener la siempre sustentada por los legisladores franceses, italianos, belgas y

muchos de las Repúblicas americanas, los que parten siempre del supuesto, como partimos nosotros, de que la donación es un modo de adquirir tan especial, que debe tratarse separadamente de los demás modos de adquirir la propiedad.

La donación en principio, la donación en su origen, la donación en si, no es otra cosa que un acto puro de liberalidad del individuo, acto que puede tocar las esferas de los contratos y puede llegar al terreno de las sucesiones, según sus formas, pero que en sí, en su naturaleza propia, es especial, es distinta de los contratos y de las sucesiones, y forma escuela, por decirlo asi, ó forma un modo de adquirir la propiedad, que no se parece á otro alguno. Por eso hemos dicho que nosotros, sin hacernos esclavos de la legislación francesa, y reconociendo lo bueno de sus doctrinas y lo interesante de sus teorías, por cuanto ha venido aceptando con la mayor oportunidad lo mejor de los más sanos principios de equidad y de justicia, lo mejor y lo más imperecedero del verdadero derecho natural, no podemos menos de sostener, que, la donación en si, es un acto de expontánea liberalidad, por el cual el donante otorga al donatario el dominio de la cosa donada con cuantos derechos en ella pudiera tener, y al efectuar este otorgamiento, al desprenderse de la cosa el donante en favor del donatario, éste aceptándola no contrae obligación alguna para con aquél. De modo que la donación nace de la voluntad expontánea y exclusiva de una persona que favorecer quiere á otra, ya sea natural, ya juridica; nace del más expontáneo movimiento de la voluntad de un propietario que traspasa objetos de su dominio al de otro ú otros de sus conciudadanos sin que éstos contraigan tampoco obligaciones de ningún género. De manera que en la donación simple, en la donación pura, en la verdadera donación en el sentido gramatical de la palabra, no caben esos derechos y obligaciones mútuos que existen en todo contrato; no hay tampoco el precio ni el motivo del contrato, no existen en general ninguna de esas condiciones que á los contratos caracterizan. Y es más, asi como á ningún legislador se le ha ocurrido prohibir la contratación á persona alguna, viene prohibiéndose en todas las legislaciones de los pueblos más civilizados cierta clase de donaciones.

Lo que hay de cierto respecto de la donación, es, que, como la expontánea liberalidad del individuo, no siempre llega al extremo de que el donante se desprenda en absoluto de todos los derechos que sobre la cosa tiene, de aquí el que muchas de las donaciones, perdiendo hasta cierto punto su carácter natural, se realizan en la forma de contratos, esto tratándose de bienes inmuebles; que en cuanto á los muebles, pocas veces se ve tal forma de transmisión de derechos, cuya donación de ordinario se verifica por el simple traspaso de la cosa donada como señal y manifestación de la voluntad del donante.

Asi es que el contrato, en nuestro concepto, no es más que una forma de realizar la donación entre vivos, como la sucesión es otra forma de realizar la

donación *mortis causa*: pero esto no quiere decir que la donación tenga que ser siempre un contrato ó una sucesión.

La donación no es un contrato, más que cuando las partes asi lo quieren, porque el contrato es siempre el consentimiento declarado ó manifiesto de dos ó más personas que expresan su volición de entrar en una relación juridica obligatoria, á propósito de un objeto del derecho. De modo que es preciso que haya convención entre dos personas cuando menos, que esta convención recaiga sobre un objeto de derecho, que entre las personas contratantes se establezca una relación juridica obligatoria; y por consiguiente que nazcan del contrato para dichas personas, derechos reciprocos, mútuas obligaciones.

Siendo, pues, necesarios todos estos requisitos para que haya contrato, afectando como afecta particularmente todo contrato á la esfera de la libertad individual ó de la autonomía de las personas, teniendo además, indispensable precisión de que el contrato verse sobre un objeto de derecho, y creándose en su virtud esos derechos y obligaciones que siempre de todo contrato deben nacer, es evidente que por más que en la donación para que se perfeccione sea necesaria además de la voluntad expontánea del donante la aceptación del donatario, como éste á nada se obliga, como no se crea esa relación juridica que existe en todo contrato entre donante y donatario, como aunque haya objeto del acto donación, el fin de ésta es simplemente la liberalidad y no otro móvil de los que caracterizan dos contratos, de aqui que nosotros creamos firmemente que no pueden confundirse los contratos con las donaciones, y que por más que el contrato sea muchas veces la fórmula de realizar la donación, no por ello se encuentra ésta en las mismas condiciones que los demás modos de adquirir la propiedad, y por consiguiente, siendo especial en su origen y en sus efectos, puede y debe tratarse de ella separadamente sin faltar al rigorismo del derecho, sin truncar los más estrictos principios juridicos, sin torcer para nàda la razón de método, y sin que se sigan ciegamente por puro capricho las teorías y razonamientos de los legisladores franceses.

Es más, si únicamente tratara nuestro Código de las donaciones entre los contratos y entre las sucesiones, lo encontrariamos defectuoso, porque ni en unos ni en otras pueden incluirse ciertas donaciones que están sobre los contratos y sobre las sucesiones; y porque no es una razón para que estén incluídas las donaciones entre los contratos el que el art. 629 de este Código preceptúe que la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación; ni que el art. 630 prescriba que el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí ó por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, ó con poder general ó bastante; pues tanto este precepto como el del art. 623, se refieren más bien á la irrevocabilidad de la donación; y aún cuando el art. 621 de este mismo Código exprese que las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones ge-



nerales de los contratos en todo lo que no se halle determinado en este título, esto no quiere decir mas sino que lo relativo á contratos será regla supletoria de las aquí dictadas para las donaciones en general; y en el Proyecto de Código de 1882 se veía que en ciertos casos no era necesaria ni la aceptación siquiera del donatario para que las donaciones produjesen su efecto.

Pero aun hay otra cosa que hecha por tierra la opinión del Sr. Falcón; nuestro Código diferencia perfectamente la donación de cosa mueble de las donaciones de cosas inmuebles, no exigiendo en las primeras más que la entrega de la cosa donada, hágase la manifestación de palabra ó por escrito; mientras que en las segundas, exige el otorgamiento de escritura pública, expresando en ella los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, lo cual implica que éste las contrae, desnaturalizando así la verdadera donación, la aceptación hecha en vida del donante, y si esta se hiciera en escritura aparte de la donación, deberá ser notificada á dicho donante. Por lo cual, se comprende perfectamente, no porque sea un verdadero contrato, sino porque, como la transferencia de una cosa inmueble debe determinarse bien, y debe hacerse constar en el Registro de la propiedad, de aquí el que deba verificarse su otorgamiento en escritura pública á los efectos correspondientes.

Insistir debemos en que, el contrato, el consentimiento expreso de dos ó más personas, con el fin de crear entre ellas una relación obligatoria sobre un objeto de derecho, es aplicable donde quiera que la voluntad común de varias partes, arregla relaciones jurídicas, encontrando un lugar para su desenvolvimiento, lo mismo en el derecho privado, que en el derecho público, que en el derecho de gentes, si bien, sólo del que tiene su asiento en el derecho privado, es el que debe ocupar un código de la naturaleza del que nos ocupa.

El derecho privado arregla y define las relaciones sobre los bienes materiales, sobre el patrimonio, y todas las relaciones para cuya formación sea condición precisa y esencial, el consentimiento libre.

El contrato, sólo es una fórmula subjetiva de las relaciones jurídicas, que tiene por objeto consagrar un derecho de la personalidad, la libertad, la autonomía en las relaciones en que la voluntad dirigida por las convicciones y miras personales, es un elemento indispensable, *sine qua non*: más, la fórmula debe referirse siempre á su contenido, y, como de la forma abstracta y general del contrato nada puede decirse, se hace preciso determinar cada uno de los contratos, por las relaciones jurídicas que en ellos se regulan. Pero reconocemos una fundamental división de las obligaciones en general, según que las relaciones obligatorias son por su índole ético-jurídicas ó patrimoniales. La posición del sujeto del derecho, apesar de su libérrima voluntad, dista mucho de ser igual en uno y otro caso.

En los contratos ético-jurídicos, el deber predomina sobre el poder, y la volición de los contratantes debe ceñirse á lo que la naturaleza moral de es-

tas relaciones exige, tal sucede en el matrimonio, cuando como simple contrato quiera conceptuarse; en los tratados internacionales, etc., etc., en los que la fuerza moral de las cosas, se muestra más poderosa que la voluntad humana, so pena de desaparecer: mientras que cuando de contratos concernientes al patrimonio se trata, la voluntad de los contratantes, domina el objeto del derecho, puesto que los bienes materiales están sometidos al poder de la voluntad de su dueño, que, con algunas restricciones impuestas por la sociedad, dispone de ellos del modo más conveniente.

Hay mas; todo verdadero contrato presenta dos aspectos, uno subjetivo, otro objetivo; el aspecto subjetivo, se significa, por cuanto en el contrato, las relaciones obligatorias, no existen solamente para la voluntad, sino por la voluntad, es decir, que de ésta arranca su existencia; mientras que su aspecto objetivo, se dá á entender porque, el contrato, no sólo afecta siempre á un conjunto de relaciones que son su fondo, su contenido ó su materia, sino que además se halla determinado por un fin, que es la razón de su existencia. ¿Y cuál es el aspecto subjetivo de la donación? La voluntad exclusiva del donante, con la aceptación del donatario, sin que se muestren en ello las relaciones obligatorias que existen en todo derecho para la voluntad.

¿Y cuál es el aspecto objetivo de la donación? ¿Cuál es la razón de su existencia? La voluntad del donante. Suprimid ésta, y desaparece la donación.

La razón jurídica del contrato, está en la naturaleza finita y condicional del hombre, pues no bastándose á sí mismo, y dependiendo, mas que ningún otro sér, de la ayuda y concurso de sus semejantes, su desarrollo exije condiciones que no puede llenar sólo por su propia actividad; la razón de derecho del contrato, consiste en las necesidades reales, ó en los fines objetivos de la vida. El fin jurídico del contrato, es remover los obstáculos, ó ensanchar los límites que detienen la actividad del hombre en la posesión de su bién. Y en la donación pura, no hay tal razón jurídica, ni tal fin.

El contrato, aproxima los diversos estados profesionales que proceden de la división del trabajo social; el contrato, es un cambio de productos, un modo de transferencia de bienes ó de prestaciones recíprocas. Y en la donación, no existe ese cambio de productos, ni esa transferencia de bienes ó prestaciones recíprocas. El contenido de un contrato es toda prestación ó el conjunto de prestaciones que forman una condición para el cumplimiento de un fin racional: esas prestaciones que forman el objeto ó contenido del contrato en su diversidad, consisten, bien en cosas exteriores, materiales, bien en acciones, servicios, etc.; y cuandoe sas acciones no se llenan, dan lugar al pago de perjuicios ó á una pena. Y el donatario no se obliga ni al pago de daños y perjuicios, ni á pena alguna.

De todo lo cual se infiere que la donación es un modo de adquirir, de los más notables, de los más primordiales, de los que en primera línea deben figu-



rar, como la ocupación, la accesión y otros. Que la donación es un acto jurídico, mediante el cual una persona enriquece á otra con parte de su patrimonio sin estar obligado á ello. Que encontramos la donación en todas las manifestaciones del derecho: bien en el derecho real, cuando uno se deja usurpar sus bienes con conocimiento y consentimiento; bien en el derecho hereditario: bien bajo la forma de contrato. Que la donación puede hacerse *entre vivos* ó *por causa de muerte:* que puede ser pura, y bajo condición, onerosa y gratuita; y que, así como el *derecho* es el *fondo* y el *contrato* es la forma, por la cual el derecho se expresa como conveniente fuera á las partes contratantes, la donación es el principio, es el verdadero modo de adquirir, es la esencia, la sustanciabilidad del traspaso de la transferencia de la cosa donada; y el contrato es la forma de ejercer, desenvolver y desarrollar la donación, como la sucesión es otra forma de ejercitar el derecho de donar, sin que por esto deje de ejercerse la donación por la simple tradición, por la entrega material de la cosa donada, si ésta es mueble principalmente; pues nada más fácil aparece que reducir siempre que se quiera á esta clase todas las donaciones.

Por eso el Código Francés, al tratar de la forma de las donaciones entre vivos, señala como una de sus condiciones esenciales la irrevocabilidad; pues no cabe dar y retener: y por ello señala los grandes principios que sirven de base á las formalidades intrínsecas y extrínsecas de las donaciones. Así es que todo instrumento que contenga donaciones entre vivos, se otorga ante Notario con las formalidades ordinarias de los contratos, quedando nota en el protocolo.

Otra de las condiciones esenciales de las donaciones es la aceptación del donatario, pero esto no les dá por sí el carácter de contrato, porque, como no contrae otras relaciones, no se establece entre donante y donatario relación jurídica alguna de la que nazcan derechos correlativos, obligaciones mútuas, aunque una donación de cosas inmuebles se formalice por las reglas de los contratos, no siempre es tal contrato, sino que la mayoría de las veces es un acto de liberalidad, un desprendimiento voluntario de nuestra propiedad y nada más. En las donaciones que bien pueden llamarse manuales, no hay medio de establecer fórmulas, ni más reglas que la entrega de las cosas donadas.

Pero las donaciones, pueden ser universales, con las limitaciones de la ley; de una parte de la universalidad de bienes del donante, y de objeto determinado: pues bien, esas donaciones entre vivos no pueden extenderse á más de lo que constituyan los bienes presentes del donante al verificar la donación, obligándose el donatario, por el hecho de aceptarlas, al pago de las deudas y cargos en proposición á su emolumento: mientras que el donatario de objeto determinado no está obligado á pagar más deudas que las que se hubieren expresado al hacerse la donación, y á cuya satisfacción se hubiere el mismo sometido.

Tenemos mas aún; para diferenciar los contratos de las donaciones basta fijarse en que en los primeros, una vez perfeccionados y consumados, no cabe la revocabilidad, mejor dicho, la reposición de los mismos, sino por un nuevo contrato que expresa y demuestra la mútua voluntad de los contratantes en contrario: mientras que en las donaciones cabe, por excepción, la revocabilidad por incumplimiento de las condiciones bajo las que se hubieren hecho, por la ingratitud del donatario, y por la sobrevivencia de hijos; pues lógicamente pensando, ni un donatario infiel á su promesa debe gozar el precio de su deslealtad; ni la moral pública, y el interés del donante permiten que un donatario ingrato disfrute de lo que á otro arrancó por falsos alhagos quizás; ni el derecho positivo ni la ley natural han de autorizar, que el donante, que, al despojarse de su propiedad por la donacion, desconociendo la afeccion más sagrada de las afecciones, las de la paternidad, priva á sus hijos de aquella fortuna, en que según algunos juristas, tienen un verdadero condominio los padres con los hijos, de aquello en que el mismo Código otorga á éstos una parte; pues la razón dicta, que si el hombre hubiere tenido hijos en la época en que la donación se hizo, no la hubiese verificado; y si existiese un padre tan desentrañado que, teniendo hijos, hiciese una donación en perjuicio de éstos, la ley se opondría á ello, porque por muy sagrado que sea el derecho de propiedad, la ley positiva no puede autorizar lo que á la ley natural se opone.

Asi es que bien nos fijemos en lo anteriormente expuesto, bien en las condiciones generales de validéz del contrato, éste podrá ser á veces la forma de la donación, pero jamás podrá conceptuarse como la donación misma, ni mucho menos como el principio y la esencia de tal acto de liberalidad.

Con todo lo expuesto, creemos tener sobradamente demostrado que el legislador al redactar nuestro Código ha estado muy oportuno tratando de las donaciones en título á parte, y designándolas como uno de los modos principales de adquirir la propiedad, que no depende de las reglas fijas establecidas para los contratos. Y esto tiene sus precedentes, no sólo en el antiguo derecho romano, si no en la Ley de Partida, pues tanto en las Leyes 1.ª y 29 del Digesto de Donat.; lib. 8, tit. 12, como en la Ley 1.ª y 29, tit. 5, lib. 39 del mismo Digesto, en la Ley 1.ª, tit. 4.°, Partida 5.ª y tit. 7, lib. 10 de la Nov. Recop.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 940, y el Proyecto de 1882 en el artículo 615, ocupáronse ya de lo que era donación; y encontramos perfectas concordancias en el art. 894 del Código de Francia, en el cual se preceptúa como en el artículo del mismo número del Código de Bélgica, que la donación entre vivos, es un acto, por el cual, el donante se desprende irrevocablemente, y desde luego de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta, cuya teoría viene sustentada, no sólo en el artículo que del Código Francés, acabamos de transcribir, sino en varios de sus concordantes y en diversas sentencias del Tribunal de Casación Francés, entre las cuales, pudiéramos citar la de 8 Di-



ciembre de 1831, la de 11 Diciembre de 1844, la de 18 Noviembre de 1861, la de 2 Abril de 1862, la de 6 Julio de 1863 y otras varias.

El art. 1050 del Código de Italia, expresa, que la donación es un acto de expontánea liberalidad, por el que el donante se desprende actual é irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta.

Análogos preceptos vemos en los arts. 1452 del Código de Portugal, en el 1703 del de Holanda, en el 1574 del de Uruguay, en el 1386 del de Chile, y en otros diversos Códigos extranjeros, como el 814 del Napolitano.

El Código de la República Argentina, también dedica un título á parte á las donaciones, como la mayor parte de los Códigos extranjeros, y, en su art. 1789 previene, que: *habrá donación, cuando una persona, por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente á otra, la propiedad de una cosa*: cuyo precepto se sustentó en aquella República, en vista de lo que ya prescribieron la Ley 1.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª; la Ley 1.ª, tít. 7.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y la Ley 29, tít. 5.º, lib. 39 del Digesto. Y luego, en el artículo 1792 de dicho Codigo Argentino, se preceptúa, que para *que la donación tenga objetos legales, debe ser aceptada por el donatario, expresa ó tacitamente, recibiendo la cosa donada*. De manera, que, según este Código, la aceptación en la donación por parte del donatario, viene á ser un equivalente del consentimiento en el contrato, sin que esa aceptación sea una condición de pura forma, sino una parte esencial de la misma donación; siendo de advertir, que la máxima general *locus regit actum*, no es aplicable á la donación pues si ésta se hiciere en un país, donde la aceptación no es necesaria para su validéz, no podría ser válida entre los Argentinos.

El Código de Veracruz-Llave, trata también de la donación en título aparte, definiendola en su art. 1310, como *un acto de expontánea liberalidad, en cuya virtud se transfiere desde luego al donatario la propiedad de las cosas donadas*: y en el capt. 2.º de aquel tit. 4.º del lib. 3.º, se ocupa de las diversas formas de las donaciones. Así mismo los Códigos de México, de la Baja California y de Campeche, después de tratar de los contratos al comienzo del lib. 3.º, ó sea en el tít. 1.º, vienen en el tit. 15, á tratar de las donaciones, diciendo tanto en el art. 2712 del Código de México, como en el 2594 del de la Baja California y en el 2712 del de Campeche, que la *donación es un contrato por el cual, una persona transfiere á otra, gratuitamente, una parte ó la totalidad de sus bienes presentes*; pero ninguno de estos tres Códigos, niega la existencia de las donaciones puras en sí, y con apartamiento de una de sus fórmulas cual es la de contrato, como no la niegan ninguna de las Naciones principales de Europa, de las cuales se ocupa *Savigny* extensamente al tratar comparativamente las donaciones.

Art. 619. Es también donación la que se hace á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre

que no constituyan deudas exigibles, ó aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

El texto de este articulo, que modificado está en esta segunda edición respecto de la primera, aunque en parte insignificante, indica bien á las claras que el legislador al redactar los preceptos relativos á donaciones, ha supuesto siempre que en éstas, para que sean tales, no pueden existir derechos recíprocos ni obligaciones mútuas, pues desde el momento en que existiere esa reciprocidad de derechos, y esas mútuas obligaciones nacieran de ese acto de liberalidd, no habría tal donación.

La misma etimologia de la palabra donación, *doni datio* supone siempre que ha de ser gratuita; y asi es que aunque haya algunas remuneratorias como las de que viene ocupándose el art. 619, realmente esta remuneración por servicios ó méritos prestados al donante, ha de ser mayor que la que importarian dichos servicios, y no han de estar en situación de conceptuarse como deudas exigibles, ni ha de imponerse al donatario, por la aceptación de la cosa donada, un gravámen superior al valor de lo donado; porque en tal caso tampoco habría donación, toda vez que si lo que se daba por servicios prestados al donante, era lo que al donatario se le adeudaba por aquel servicio, vendria á dársele falsamente el nombre de donación, á lo que realmente no era más que un cumplimiento de una obligación contraida en pago de los referidos servicios prestados: y si al hacer una donación se le impone al donatario un gravámen superior al valor de lo donado ó de igual valor, tampoco podria llamarse, lógicamente pensando, donación tal acto, puesto que en el mismo habría un verdadero contrato del que nacerian derechos reciprocos y mútuas obligaciones.

La reforma sufrida por este articulo en ésta segunda edición, es la de que, donde se leian en la primera, las frases de *tengan la naturaleza de deudas exigibles*, en el articulo que comentamos expresa *constituyan deudas exigibles*.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 616, se ocupó de este mismo asunto, y precedentes encontramos en la Ley 27, tit. 5.°, lib. 39 del Digesto de Donat, como en la Ley 2.ª, pár. 7.°, del mismo titulo y libro del Digesto, en el Frag. 25, pár. 11, tit. 3.°, lib. 5.°, *Dig de hereditale petit*, y en la misma ley de Partida antes citada 1.ª, tit. 4.°, Partida 5.ª.

El art. 1791 del Código de la República Argentina viene á determinar que son donaciones:

1.° La repudiación de una herencia ó legado con miras de beneficiar á un tercero.

2.° La renuncia de una hipoteca ó la fianza de una deuda no pagada aunque el deudor esté insolvente.

3.° El dejar de cumplir una condición á que esté subordinado un derecho eventual aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar á alguno.

4.° La omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella.

5.° El dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario.

6.° El pago de lo que no se debe con miras de beneficiar al que se llama acreedor.

7.° El servicio personal gratuito, por el cual, el que lo hace, acostumbra á pedir un precio.

8.° Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan ó se reciben gratuitamente; pero no con el fin de transferir ó de adquirir el dominio de ellas».

Casuística es por demás la manera de designar lo que son donaciones, que el artículo que acabamos de transcribir supone, y no puede menos de sorprendernos alguno de sus ocho apartados, muy especialmente la última parte del 8.°, porque, sea cual fuere el desinterés de una de las partes y el beneficio de la otra, donde no hay transmisión de la propiedad no hay donación, y por eso choca extraordinariamente que se ponga la condición de que no exista el fin de transferir ó adquirir el dominio de las cosas donadas, pues realmente esto es contrario á la naturaleza de la donación, y sólo suponemos que por un error de imprenta ha podido quedar como se lee la última parte de dicho párrafo 8.° del mencionado artículo del Código de la República Argentina, cuyas teorías son diametralmente opuestas á las sustentadas por los publicistas Savigny y Demolombe.

El Código Portugués, en sus arts. 1444 y 1445, el Código de Chile en su artículo 1433, el Código de Uruguay, en su art. 1576, y el Código de Guatemala, en su art. 621, sientan doctrinas análogas á la del art. 619 que de nuestro Código comentamos, suponiendo, como las leyes romanas, que las donaciones pueden hacerse por pura liberalidad en contemplación á algún acto del donatario, ó remuneratorias, y por causa de muerte.

El Código de Italia, en su art. 1051, establece también que la donación puede ser la liberalidad hecha por gratitud ó en consideración á méritos del donatario ó por remuneración especial, incluso aquella por la cual se imponga alguna carga al donatario; y entre los Códigos americanos, tenemos el de Campeche, en cuyo art. 2717 se da cabida á la donación remuneratoria, á la que se hace en atención á servicios recibidos por el donante, y que no importan una deuda civil; y en este mismo Código, muy atentamentamente al hablar de la donación onerosa, dice su art. 2718 *que sólo puede considerarse donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas*; con lo cual están perfectamente de acuerdo el Código de la Baja California, en sus artículos 2599 y 2600, y el Código de México, en sus arts. 2717 y 2718; debiendo hacerse presente, antes de terminar este comentario, que el Código de Veracruz-

Llave, distinguiendo perfectamente las diferentes clases de donaciones, preceptúa en sus art. 1313 que las donaciones á título oneroso se regirán como todos los contratos de igual clase, y las remuneratorias por lo que se dispone en el tít. 4.° del libro 3.° de aquel Código, con lo cual quiere decirse bien claramente que las donaciones puras y las remuneratorias tienen una vida y un régimen completamente independiente, completamente distinto de las donaciones á título oneroso, que no son tales donaciones, sino verdaderos contratos.

Art. 620. Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.

También el precepto de este artículo viene á demostrar que las donaciones tienen varias fórmulas para su desenvolvimiento, y que cuando sólo se hacen por causa de muerte ó han producir sus efectos después de la del donante, participan de la naturaleza de las últimas voluntades, y se rigen por la sucesión testamentaria.

Realmente las donaciones *mortis causa* siempre se han regulado por las leyes relativas á las sucesiones, y así se venía ya consignando en el párrafo 1.° Inst. de donat., tít. 7.°, lib. 2.°, y Ley 11, tít. 4.°, Part. 5.ª. El Proyecto de Código de 1851, en su art. 942, y el Proyecto de 1882, en su art. 618, también propusieron preceptos análogos, y encuéntranse verdaderas concordancias en el art. 1457 del Código de Portugal, 1575 del Código de Uruguay y 744 del Código de Guatemala, viéndose, tanto en el art. 2720 del Código de México como en el art. 2602 del Código de la Baja California y en el art. 2720 del Código de Campeche, preceptos casi idénticos al del art. 620 que de nuestro Código comentamos; si bien en la última parte de aquellos artículos de los citados Códigos americanos se comprende lo relativo á las donaciones entre consortes, pues dicen dichos artículos lo siguiente: «Las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante se regirán por las disposiciones relativas á los legados, y las que se hagan entre los consortes por lo dispuesto en el cap. 9 del tít. 10 de este libro»; mientras que el Código de Veracruz-Llave, en su art. 1311, dice que; la ley no conoce otra donación que la entrevivos, y que las llamadas *mortis causa* sólo pueden hacerse en testamento; á pesar de lo cual, el art. 1312 de aquel Código expresa que las donaciones hechas para después de la muerte del donador, consistentes en cosa específica y determinada no fungible, pueden hacerse entre vivos y se regirán por las disposiciones de este título; más si tienen por objeto el todo ó una parte alícuota de los bienes del donador, ó una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento y se regirán por las reglas establecidas por las últimas voluntades.

Varias sentencias se han dictado por el Tribunal Supremo relativas á donaciones ya intervivos, ya *mortis causa*, entre las cuales podriamos citar las de 11 de Marzo de 1864, 28 de Abril de 1858, 13 de Febrero de 1863, 8 de Octubre de 1889, 14 de Marzo, 1.° de Octubre, 16 de Noviembre y 15 de Diciembre de 1888, 2 de Enero del 89 y otras varias, algunas de las cuales transcribimos á continuación de este título 2.°, porque la importancia de los conceptos legales que en ella se envuelven es tal, que debe tenerse presente siempre que de donaciones se trate.

Art. 621. Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título.

Precepto es éste, en el que se determina de un modo claro, que con relación á las donaciones entre vivos, han de observarse las disposiciones generales de los contratos y obligaciones como derecho supletorio de lo que no se halle determinado en este título 2.°, dedicado exclusivamente á las donaciones; de manera, que implícitamente en este artículo, se viene á demostrar lo que ya indicamos anteriormente al combatir las teorías del Sr. Falcón, es decir, que la donación en si misma, la donación pura, es un acto de liberalidad que puede ejercitarse con independencia de todo contrato y de toda sucesión, es un modo original de adquirir, independiente y distinto de los demás modos de transferir la propiedad; pero que ordinariamente, para su desarrollo, emplea algunas veces la forma de contrato, y otras la sucesión, especialmente cuando se refiere á cosas inmuebles; y como la donación, siendo especial y originaria, tiene esas diferentes manifestaciones que ostentan unas veces la simple entrega de la cosa donada, ó transferencia ó enagenación de dicho objeto, otras el contrato, y otras la sucesión, de aqui que con arreglo á los buenos principios de derecho, sea indispensable tratarla en título aparte, como se trata en nuestro Código, y como se trata en todos los de los paises más civilizados, presentándola, en primer término, como modo de adquirir, por más que en su desarrollo se presente algunas veces como contrato, pero como contrato especial, que no está sujeto á todas las condiciones de los contratos en general.

El Derecho Romano y nuestras Partidas, se ocuparon de estas donaciones, según ya hemos indicado. El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 941, y el Proyecto de 1882, en su art. 617, propusieron preceptos análogos, y aunque en la mayoria de los Códigos modernos, se vienen á encontrar prescripciones más ó menos afines á la que nos ocupa, no hemos de citarlas todas, porque el asunto no es de importancia tal, que merezca detenerse lo que está en la conciencia de todos, pues evidente es, que siguiendo en primer término las pres-

cripciones que en el título dedicado á la donación se prefijan para la misma, es indudable que en Francia, como en Italia, en Bélgica, como en Prusia, en el Brasil como en Portugal, en México como en Campeche, en Veracruz-Llave como en Baja California, en Chile como en Guatemala, en la República Argentina como en otras varias repúblicas, cierta clase de donaciones entre vivos, se sujetan como derecho supletorio, á lo que respecto de los contratos se haya establecido; y para convencernos de ello, no tenemos más que abrir los códigos varios que en el mundo rigen, y encontraremos esto prevenido en el art. 1416 del Código de Chile, en el art. 931 del Código de Francia, en el art. 1313 y sus concordantes del de Veracruz-Llave, en el 2713 del Código de Campeche, en el 2595 del de la Baja California, en el 2713 del de México, y otros varios, en los que se dice que son aplicables á las donaciones las reglas generales sobre contratos, en lo que no se opongan á las disposiciones del título de donaciones.

Art. 622. Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.

Otra prueba evidente de que el legislador ha sabido diferenciar las diversas clases de donaciones que en la vida práctica pueden presentarse a la consideración de los Tribunales, ha sido la redacción de este artículo.

Claro es que las donaciones, con causa onerosa, deben regirse por las reglas de los contratos, porque más carácter tienen de contratos que de donaciones, porque crean obligaciones mútuas, porque de su perfección y de su consumación, nacen derechos recíprocos para el donante y para el donatario. Y no puede ser más lógico que las donaciones remuneratorias se regulen por las disposiciones de este título 2.°, en la parte que excedan del valor del gravámen impuesto, porque en lo que no excedan, en lo que guarden relación entre el servicio prestado y la cuantía que por él debiera buenamente abonarse, en lo que á la compensación ó pago se refiere, deber es que habrá de cumplirse por el contrato ó cuasi contrato de que se derive, y con arreglo á las reglas para estos prefijadas han de desarrollarse.

Ya la primera edición de este mismo Código, pugnaba por llamar donaciones á las onerosas, y en vez de lo que hoy se lee en esta nueva edición que comentamos, decía: *las que impropiamente se llaman donaciones á título oneroso, se regirán en todo como los contratos de igual clase*, cuyas frases fueron modificadas en la forma que hoy se lee en el artículo que comentamos: *la onerosa, por la regla de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del presente título, en la parte que excedan del valor del gravámen im-*

puesto; lo cual quiere decir, que el legislador lógico, y apreciando bien el tecnicismo de las palabras, y lo que en sí significan, separa en el derecho lo que por su nombre y por su significado debe separarse, pues la donación por título oneroso, no es tal donación. No quiso romper con las antiguas tradiciones el legislador, quitando del tratado de donaciones las onerosas, porque comprendió bien que batallar con el uso y la costumbre, es difícil batallar, para los que las cosas las miran de un modo empírico; y dijo: significaré mi opinión de esta manera, (con las frases que dejamos subrayadas): *preparemos el terreno, y cuando se vayan acostumbrando á ver escrito lo contrario de lo que antes se exponía, mataremos esa falsa apreciación que dan los antiguos á cierta clase de contratos, á los que llamaban donaciones á título oneroso, separando éstas de las verdaderas donociones*; pero la Comisión de códigos, y su presidente el célebre jurisconsulto D. Manuel Alonso Martínez, pensaron esto, y lo expusieron con el mejor deseo, sin recordar que la crítica se ceba en atacar todo lo que vale, en poner obstáculos á la nueva idea, y que las pasiones humanas conducen la mordacidad hasta el extremo de poner de relieve las ideas más lógicas y más naturalmente justas; y se encontraron con que una porción de *sábios*, que ni siquiera habrían leido el Código, *por espíritu de partido* unos, *por contentar al país que representan* otros, *con el mejor fin todos*, pues *aquí nadie desea más que la felicidad de la patria*, dijeron: el Código, obra nueva que nosotros no la hemos publicado, que nos pone al nivel de los demás pueblos civilizados, es necesario combatirlo, y para esto hemos de buscar una frase, una inconsecuencia, esta frase será la perturbación, que, (por nuestra fogosa imaginación) implanta en las familias; y separándose de lo fundamental, se fueron á investigar donde había una pequeña aparente contradicción; por esto la vieron en el art. 622 de nuestro Código, tal cual estaba en la primera edición por que si realmente la Comisión de códigos decía que se *llamaban impropiamente donaciones* las que se hacían á título oneroso, no conceptuaban, los reformadores y los críticos, que con tal apreciación debían ser consignadas bajo tal título. Mucho respetamos las elevadas opiniones de los unos y de los otros, pero en nuestra humildad, creemos firmemente que lo que se llama donación á título oneroso. no es tal donación, y que pronto desaparecerá del título de las verdaderas donaciones, para encerrarse en el círculo de los contratos, que es donde debía, desde, luego encontrarse.

Ya el Proyecto de Código de 1851, en su art. 943, y el Proyecto de 1882, en su artículo 619, se ocuparon de esto; teniendo sus precedentes también en el artículo 1455 del Código de Portugal, 1404 del Código de Chile, 1516 del de Uruguay, 1051 del de Italia, 2718 del de Campeche, 2600 del Codigo de la Baja California, 2718 del Código de México, 1313 del de Veracruz-Llave, 1826 y, muy especialmente, el 1827 del Código de la República Argentina, en que tratándose de las donaciones con cargo de prestaciones apreciables en dinero, previene que son

regidas por las reglas relativas á los actos, á título oneroso, en cuanto á la porción de los bienes dados, cuyo valor sea representado ó absorvido por los cargos; y por las reglas relativas á las disposiciones por título gratuito, en cuanto al ascendente del valor de los bienes, respecto á los cargos; lo cual parece tener cierta relación con lo que prescribe el art. 1825 del mismo Código, que, al tratar de las donaciones renumeratorias dice, que deben considerarse como actos á título oneroso, mientras no excedan de una equitativa renumeración de servicios recibidos. Y, efectivamente, si el acto es una donación en pago de servicios apreciables en dinero, no hay para que llamarle verdadera donación ni sujetarlo á las formalidades de éstas; y si la donación no presenta el carácter de una donación en pago, que constituye un verdadero contrato oneroso, si no tiene otra causa más que un sentimiento de reconocimiento, será una donación ordinaria que debe revestir las formas solemnes de los actos de tal naturaleza cuando se trate de cosas inmuebles, ó de la simple tradición cuando se trate de cosas muebles. Y esto que, según se ha significado opinamos nosotros respecto al asunto que nos ocupa, lo piensan también publicistas notables como Troplong, Zacharie, Grenier y otros.

Los códigos americanos anteriormente citados de México, Veracruz-Llave y Campeche, son más sencillos en su expresión y previenen que, cuando la donación sea onerosa, sólo se considerará donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas. De manera que, aunque en distintas frases, sostienen todos ellos las mismas teorias.

Art. 623. La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

El precepto de este articulo es tan natural y tan lógico que casi, sin haberlo consignado en el Código, deberia haberse cumplido, por cuanto si la validez de la donación depende de la unidad de pareceres ó voluntades entre dos personas respecto de la transferencia ó enagenación de una cosa á título gratuito, es natural que, como en la antigua estipulación, se exija para conceptuarla perfeccionada la aceptación del donatario; pues aunque ordinariamente nadie se niega á recibir lo que se le da en circunstancias admisibles y decorosas, es factible y sucede muchas veces que la persona á quien se dedica un objeto no lo admita, ó bien por delicadeza ó bien por no obligarse moralmente á una donación análoga, ó bien por otro motivo cualquiera que no hemos de ir á desentrañar en este momento; y por ello es lógico en extremo que se necesite la aceptación del donatario, porque aunque el origen de la donación sea la liberalidad del donante, la donación no existe sin la voluntad del donatario que acépta: y esta aceptación es tanto más necesaria y se hace preciso expresarla de un modo claro en la donación de cosas inmuebles, cuanto que sin ella,

aunque supusiese la existencia de la donación, ésta sería ilusoria y revocable; mientras que en las donaciones de cosas muebles la tradición de la cosa no rechazada determina la perfección y la consumación del acto de liberalidad que entraña siempre toda donación pura y verdadera.

Precedentes encontramos lo mismo en las leyes del Digesto que en las de Partida, pues ya se encontraban, relativamente á tal teoría, preceptos expresos en las Leyes 19, párrafo 2.°, tít. 5.°, lib. 19; 55, tít. 7.°, lib. 44; 5.ª, tít. 12, libro 50, de *pollititatio*; Ley 69, tít. 17, lib. 50, de *regule Juris*, todas ellas del Digesto; sin que en las Partidas se encuentren verdaderos precedentes, por cuanto en dicho Código se llamaba contrato la donación entre vivos, copiando en parte al derecho romano moderno, puesto que en el antiguo ó sea antes del Código Justinianeo las disposiciones de aquel pueblo legislador sólo conceptuaban la donación como un modo de adquirir distinto de las obligaciones, mucho más en la época anterior á Diocleciano; y aunque todos los Códigos estan conformes en exigir la aceptación del donatario para que se conceptúe perfeccionada la donación, no todos lo están en si dicha aceptación ha de ser expresa ó tácita; pero de una ú otra manera es indispensable, porque á nadie puede obligársele á admitir una cosa donada contra su voluntad.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 945, y el Proyecto de 1882, en su art. 620, proponían prescripciones análogas; y entre las varias concordancias que encontramos con el artículo que nos ocupa, se ve ya consignada la aceptación del donatario como requisito indispensable para la perfección de toda donación al definir ésta en el art. 894 del Código Francés, pues según hemos dicho anteriormente, se conceptúa allí como el acto de liberalidad por el cual el donante se desprende irrevocablemente y desde luego de la cosa donada en favor del donatario que la acepta; y, por si esto fuera poco, al tratar en el capítulo 4.° de las donaciones entre vivos, consignase, en su art. 932, que la donación entre vivos no obligará al donante y no producirá efecto alguno hasta el momento en que haya sido aceptada en términos expresos. Y este precepto legal, cuya forma se desenvuelve en el párrafo 2.° del mismo, y que en relación está con los arts. 780, 1076, 1087, 1121 y 1317 del referido Código, se ve aceptado en diferentes sentencias, dictadas por el Tribunal de casación de aquel país, entre las cuales puede citarse la de 27 Marzo de 1839, 5 Noviembre de 1818, 17 Enero de 1819, 28 Enero de 1837, 25 Abril de 1853, 30 Julio de 1856, 18 Noviembre de 1861, etc., etc.

Parecidas disposiciones se encuentran en el Código de Portugal, en su artículo 1456; en el de Chile, art. 1386; en el de Holanda, art. 1708 y 1720; en el de Luisiana, art. 1454; en el de Vaud, 557; en el de Guatemala, art. 700; en el de Uruguay, art. 1581; pero en el que vemos verdadera concordancia con el nuestro es en el Código de Italia, que al definir su art. 1050 la donación, consigna como necesaria, y requisito indispensable de la misma, la aceptación del dona-



tario, y luego en su art. 1057 viene á expresar de un modo más terminante que la donación no obligara al donante, ni producirá efecto, hasta el dia en que se haya aceptado.

Esto mismo viene sosteniéndose como en el Código Francés, en los artículos 897 y 932 del Código de Bélgica, que en su mayor parte parece copiado de aquél: pero es más, si consultamos los Códigos de México, Baja California, Campeche, Veracruz-Llave y otros, enconcontramos sustentadas en éstos las mismas teorías que dejamos expuestas, pues tanto en el art. 2721 del primero, como en el art. 2603 del segundo, en el 2721 del tercero y en el 1319 del cuarto, viene á decirsenos que la donación es irrevocable desde que el donatario la acepta y se hace saber la aceptación al donador, expresando el último Código citado, que el donatario, so pena de nulidad, debe aceptar por sí mismo, ó por quien tenga su poder expreso para aceptar donaciones: y de modo análogo al Código de Veracruz-Llave, se expresa el Código de la República Argentina, en su art. 1793, pues dice que antes que la donación sea aceptada, el donante puede revocarla expresa ó tácitamente.

CAPITULO II

De las personas que pueden hacer ó recibir donaciones

Art. 624. Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes.

Es natural, que el que no puede contratar ni disponer de sus bienes, no puede transferir éstos por medio de la donación, porque, para que el hombre ejercite actos de liberalidad, necesita estar en el pleno goce de todos sus derechos, disponer libremente de sus cosas, tener libre su voluntad y conocer perfectamente que aquello que transfiere y con lo que á otro beneficia, no perjudica las necesidades de su vida ni las necesidades de los séres á quienes está obligado en la sociedad; y como la donación es la transmisión graciosa del dominio de los objetos ó cosas que el propietario de éstas quiere transferir, se hace indispensable que para donar tenga el donante plenas facultades para disponer de la cosa donada. Así es, que aquellos en quienes falta esta aptitud para contratar y disponer de sus cosas se hallan incapacitados para donar: en tal caso se encuentran los pródigos, los que sufren interdicción civil, los menores de edad, sin que sus actos sean complementados por su tutor en la forma que

la ley establece, las mujeres casadas sin licencia marital, ó sin la autorización supletoria correspondiente, los locos, los incapacitados, etc., etc.

Precedentes tenemos de la prescripción del artículo que nos ocupa, no sólo en las Leyes 1.ª y 3.ª tít. 4.º, Partida, 5.ª, sino en las Leyes 11 y 13, tít. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación: ya el Proyecto de Código de 1882, propuso preceptos análogos en su art. 621, como los había propuesto anteriormente el Proyecto de 1851 en su art. 945; y concordancias encontramos con el art. 624 de nuestro Código, en los arts. 901 al 905 inclusive del Código de Francia, 1052 al 1054 del Código de Italia, 901 al 905 del Código de Bélgica, 1388 del Código de Chile, 1476 del Código de Portugal, 1577 del Código de Uruguay y 1804 del Código de la República Argentina, debiendo hacer presente que éste último es casi completamente igual al nuestro, y determina con la mayor sencillez y precisión bajo un punto de vista general, como lo hacen los arts. 2752 del Código de Campeche, 2628 del Código de la Baja California, y 2752 del Código de México, lo que no puede menos de preceptuarse, dadas las condiciones y naturaleza de la donación: asi es que estos Códigos en lugar de descender al camino de los Códigos Francés, italiano, Belga y algún otro, propenden por estatuir reglas generales y referencias á los preceptos consignados para las fórmulas en que suela presentarse más generalmente la donación; es decir, losc ontratos y las sucesiones. Por esto el referido artículo del Código Argentino, dice clara y terminantemente, que tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que pueden contratar, salvo los casos en que expresamente las leyes dispusiesen lo contrario; y los Códigos de México, Baja California y Campeche, vienen á determinar, en los artículos anteriormente citados, que pueden hacer donaciones todos los que pueden contratar y disponer de sus bienes; mientras que en los Códigos Francés y Belga se prefija taxativamente que pueden hacer donaciones entre vivos y, en testamento los que están en perfecto estado de razón, aquellos à quienes la ley no declare incapacitados como el menor de 16 años á no ser que se halle autorizadoe specialmente, el que siendo de menor edad haya llegado á los 16 años, pues únicamente puede hacer testamento y disponer de la mitad de sus bienes, como dispondria al llegar á la mayor edad, y que la mujer casada no puede hacer donaciones entre vivos sin consentimiento especial del marido ó sin estar autorizada por los Tribunales, si bien sin tales requisitos puede disponer por testamento. Y el Código de Italia previene que no pueden hacer donaciones los que no tienen capacidad para testar, el incapacitado, el menor de edad, y que los cónyuges no podrán hacerse, durante el matrimonio, mutuamente donaciones, excepto en los actos de última voluntad en las formas, y según las reglas establecidas para los mismos.

Otros muchos Códigos pudiéramos citar en los que análogas disposiciones vemos, pero repetimos que estamos mucho más conformes con el sistema establecido en nuestro Código y en la mayor parte de los Códigos americanos, que



con la manera de ser en este punto de los Códigos Francés, Italiano y Belga; porque mientras las reglas generales, ya envuelven siempre en si principios técnicos de fácil aplicación, aún en los casos en que nada acerca de los mismos se expresa; sin más que la aplicación del buen sentido, el casuismo es siempre caótico y nunca llega á comprender, por muy perfecto que sea, todos y cada uno de los casos que en la vida práctica se presentan.

Art. 625. Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello.

Lo mismo que hemos dicho del articulo anterior hemos de decir respecto de éste, si bien muchos que pueden aceptar, no pueden disponer, así es que el art. 944 del Proyecto de Código de 1851, proponía que se declarasen capaces para recibir por donación á todas las personas que tuvieran capacidad para adquirir por testamento; es decir, que ya no incluia como el articulo anterior á todos los que podian contratar y disponer, pues es evidente que se necesitan mayores condiciones para poder contratar y disponer de sus propias cosas, que para simplemente aceptar las donaciones que á uno se le hicieren, no obligándose el que las recibe á cosa alguna, como debe suceder siempre en toda donación pura, pues bajo este supuesto todos conocemos el proverbio español *en el tomar no hay engaño*, que indica bien á las claras que las verdederas donaciones, cuando no llevan en si envuelto un mal fin, no pueden perjudicar á un tercero. Sin embargo, articulos tenemos en nuestro mismo Código que, privan de admitir la donación hasta á personas *sui juris*, pues el número 2.º del art. 50 previene en el primer apartado, que, ninguno de los cónyuges podrá recibir de otro cosa alguna por donación ni testamento; y el art. 61 de este mismo Código previene que tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder de su marido, adquirir por titulo oneroso ni lucrativo, etc., etc., sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley; pero la Ley 11, tit. 1.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación, le permitia aceptar herencias á beneficio de inventario, por cuanto con esto no podia irrogársele perjuicio alguno; y la Ley de Partida, confundiendo la donación con el contrato, prohibió á la mujer casada admitir donaciones sin licencia del marido, como lo prohibió también al hijo de familia menor de veinticinco años; pero esa Ley 13, tit. 2.º, Part. 5.ª, quedó derogagada por la Ley de matrimonio civil, y nuestro mismo Código contiene preceptos que tienden á evitar la admisión de las donaciones, cuando de ello pudieran irrogarse perjuicios al donatario; tal sucede, entre otros, en el art. 1335, 1334, etcétera, etc.

También el Fuero Juzgo, en su Ley 6.ª, tit. 1.º, lib. 3.º, prohibió que durante el primer año del matrimonio pudieran hacerse donaciones mútuas el marido y la mujer, más que por razón de arras, con el fin de evitar lo que en

los primeros momentos del matrimonio pudiera convertirse en un abuso, efecto del entusiasmo producido por los encantos que en la nueva vida se presentasen; mas después del primer año de matrimonio dejaba en libertad al marido para donar á la mujer lo que quisiera; pero, á pesar de las precauciones tomadas por una y otra ley, hubo un tiempo en que dichas donaciones entre cónyuges se consideraban válidas cuando obtenian su confirmación por testamento, y cuando por ellas no se hacia más rico el cónyuge donatario ni más pobre el donante; así es que en las leyes del tít. 4.º, Part. 5.ª, venian fijándose los casos en que las donaciones matrimoniales eran válidas, fundándose precisamente en los argumentos de falta de empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario; como la Ley 47 de Toro autorizaba las donaciones hechas entre padre é hijo emancipado por matrimonio; y este mismo Código á la sazón vigente, se ocupa, en su art. 1334, de que sea nula toda donación entre cónyuges durante el matrimonio, excepto los regalos módicos que los cónyuges se hicieren con ocasión del mismo.

Los Proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus arts. 944 y 622, respectivamente, se ocuparon de esto proponiendo que debia preceptuarse que tenian capacidad para ser donatarios los que podian recibir por testamento, según hemos indicado ya anteriormente; mas nosotros encontramos más técnico y más general el precepto de este art. 625 del Código que comentamos.

Concuerda con dicho precepto el del art. 902 del Código de Francia que ya indicamos ordenaba que podian adquirir por donación entre vivos ó por testamento, todos aquellos á quienes la ley no declara incapacitados: los arts. 1052 y 1053 del Código de Italia, que se parece más; á lo propuesto en el Proyecto de Código de 1882: el art. 902 del Código Belga, que es exactamente igual al ya citado del de Francia; el art. 1477 del Código de Portugal; los arts. 1454 y 1456 del de Luisiana; los 1713 y 1720 del de Holanda; los arts. 557 y 561 del de Vaud; el art. 1578 del de Uruguay; el 1389 del de Chile; el 1804 del de la República Argentina, los arts. 1320 al 1324 del Código de Veracruz-Llave, el art. 2747 del Código de Campeche, el art. 2629 del Código de la Baja California, y el art. 2747 del Código de México; debiendo hacerse presente que estos tres últimos casi expresan lo mismo que el nuestro, pues previenen de un modo claro y terminante que pueden aceptar donaciones todos aquellos á quienes no está especialmente prohibido por disposición de la ley.

Y el art. 718 del Código de Guatemala, previene también que pueden aceptar donaciones todos los que puedan adquirir por sí, ó por medio de apoderado, ó de las personas bajo cuyo poder se encuentran.

Art. 626. Las personas que no pueden contratar, no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.

Esto dá á entender de un modo bien claro, que el legislador ha distinguido y distingue perfectamente las verdaderas donaciones, las donaciones puras de las que se llaman donaciones condicionales ú onerosas y que realmente son verdaderos contratos, puesto que de las mismas nacen derechos recíprocos para las partes contratantes, y obligaciones mútuas para las mismas: así es que, ya que se incluyen en este título esas donaciones *sui generis*, encontramos perfectamente lógico, que el legislador las diferencie de las verdaderas donaciones, obligando la intervención de los legítimos representantes de quien no pueda contratar cuando de donaciones onerosas ó condicionales se trate.

Los arts. 949 al 951 del Proyecto de Código de 1851, y el art. 623 del Proyecto de 1882, se ocuparon también de ésto, si bién diferenciaban las donaciones simples y puras de las demás, mal llamadas donaciones, según fuese ó no indispensable su aceptación.

Encontramos concordancias con el precepto que nos ocupa en los artículos 934 y 935 del Código de Francia, el cual previene, que la donación hecha á un menor de edad, no emancipado, ó á una persona en interdicción, deberá aceptarse por un tutor, conforme á lo que se previene en el mismo Código relativamente á los menores de edad: que el menor emancipado podrá aceptar con intervención de un curador, lo cual no es obstáculo] para que los padres del menor emancipado ó no emancipado, ó los demás ascendientes, aunque vivieran los padres y aunque no sean tutores ó curadores, podrán aceptar en nombre del menor; con arreglo á cuya teoría han venido dictándose algunas decisiones del Tribunal de casacion de aquel país en 11 de Junio de 1816, 25 de Junio de 1812 y otras varias; no faltando sentencias en las que se determinó también que en las donaciones hechas por el padre á sus hijos emancipados, debe intervenir un tutor *ad hoc* para su aceptación; cuyo sistema no encontramos tan claro y terminante como el que establece nuestro Código.

También concuerda con dicho precepto el del art. 1059 del Código de Italia, en el que se preceptúa, que la donación hecha á un menor no emancipado ó á un interdicto, se aceptará por el padre ó por el tutor: que la madre, aún cuando esté vivo el padre, y los demás ascendientes aunque viviesen el padre y la madre, podrán aceptar la donación hecha al menor y al interdicto, pero en estos casos será necesaria la autorización del Tribunal civil; y que eso mismo tiene lugar cuando la donación se hubiére hecho por el padre ó tutor, con facultad simple por parte del Tribunal de nombrar para la aceptación cualquier otra persona; y previsor en extremo dicho Código, se ocupa también de las donaciones en favor de los que estén por nacer de una persona determinada, por quien podrán aceptar el padre, la madre, el abuelo ó cualquier otro ascendiente; y que el menor emancipado y el mayor de edad incapacitado, podrán aceptar la donación con consentimiento del curador; llegando á dedicar el artículo 1060 sus miradas, hasta los donaciones hechas á las corporaciones, cuya aceptación debe hacerse con autorización del Gobierno.

Los arts. 934 y 935 del Código de Bélgica, contienen iguales prescripciones que los ya citados del Código Francés; y preceptos análogos se encuentran en el art. 1721 del Código de Holanda, el 1411 del Código de Chile, los arts. 1531 y 1532 del de Luisiana, los arts. 1584 y 1585 del de Uruguay, el 1808 del Código de la República Argentina, que, tomando por precedentes la Ley 2.ª, tit. 4.º, Partida 5.ª, previene que no pueden aceptar donaciones:

1.º La mujer casada sin licencia del marido ó del Juez.

2.º Los tutores, en nombre de sus pupilos, sin autorización expresa del Juez.

3.º Los curadores, en nombre de las personas que tienen á su cargo, sin autorización judicial.

4.º Los tutores y curadores, de los bienes de las personas que han tenido á su cargo, ántes de la rendición de cuentas y del pago del saldo que contra ellos resulten.

5.º Los mandatarios, sin poder especial para el caso, ó general para aceptar donaciones.

Los Códigos de México, Baja California y Campeche, en sus arts. 2748, 2630 y 2748, preceptúan, que respecto de las mujeres casadas, de los menores y de los incapacitados, se observará lo dispuesto en los artículos de los mismos Códigos correspondientes á la autorización marital para adquirir y para enagenar y obligarse, (207 de los Códigos de México y Campeche, y 198 de la Baja California), y los relativos á las obligaciones que el tutor contrae de admitir donaciones, legados y herencias dejados al menor. (Art. 624 de dichos Códigos y 528 del de la Baja California); concordando también, hasta cierto punto, con el precepto del artículo que comentamos, las prescripciones de los arts. 1321 á 1323 del Código de Veracruz-Llave.

Art. 627. Las donaciones hechas á los concebidos y no nacidos, podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento.

Previsor en extremo nuestro Código viene á determinar aquí lo necesario para evitar que puedan irrogarse perjuicios á los seres engendrados que no han salido todavía del claustro materno, y, por consiguiente, los que por sí no pueden aceptar una donación.

Antes de empezar el comentario de este artículo, debemos hacer presente que es uno de los modificados en la nueva edición de nuestro Código y que en la primera edición del mismo se hallaba redactado en la forma siguiente: «Los póstumos podrán adquirir por donación, siempre que al tiempo de hacerla es tuvieren concebidos y nacieren con vida.» No comprendemos la razón de modificar dicho artículo en los términos que se ha hecho si no es para ensanchar

la esfera en que tal precepto debe girar, pues el artículo de la primera edición, tal cual estaba redactado, realmente no comprendía más que á los hijos concebidos que habían tenido la desgracia de perder á su padre antes de nacer; mientras que la redacción del mismo artículo, tal cual está consignada en la edición vigente, se refiere no sólo á los póstumos, sino á los demás hijos, que, concebidos ya al tiempo de verificar la donación, no tienen vida extrauterina, exista ó no el padre que los engendró. Si se pudiera atender aquí á la prescripción ya sin vigor del primer Código, conceptuaríamos tal donación como hecha condicialmente; porque, en efecto, en aquel artículo lo que se determinaba era que los póstumos podrían adquirir por donación siempre que al tiempo de hacerla estuviesen concebidos y nacieren con vida, mientras que cambiando el orden de cosas por la redacción del art. 627 que comentamos al presente, ya no se trata aquí de dilucidar si pueden ó no adquirir por donación los concebidos y no nacidos, sino de qué personas podrán aceptar esas donaciones, y el Código en tal artículo dice, muy lógicamente, que podrán aceptarlas las personas que legítimamente representarían á los donatarios si se hubiera verificado su nacimiento. Esto es indudable; el padre ó en su defecto la madre del hijo concebido han de representar necesariamente á su hijo el día que nazca; por consiguiente, éstos, no estando incapacitados por motivos especiales, han de ser los que necesariamente acepten la donación hecha á su hijo no nacido todavía. Y es que la ley sienta la hipótesis de estar ya nacidos todos los concebidos para cuanto pueda beneficiarles, lo cual se funda en un principio de equidad idéntico aunque más general que el que regula los derechos de los póstumos, razón por la cual han podido confundirse estas dos tesis al querer tratar el legislador de las donaciones hechas á personas concebidas pero no nacidas: y estas donaciones, según los principios más rudimentarios de derecho, serán nulas cuando no tuviera lugar el nacimiento, porque se fundan precisamente en la ficción legal de su verdadera existencia extrauterina en cuanto á los beneficios que la donación pueda reportarle desde el momento de la concepción De manera, que si la razón de derecho que hay para poder conceptuar con condiciones de donatario al concebido y no nacido, es una ficción de ley por la que se snpone la existencia de aquella entidad que todavía no ha visto la luz del mundo de los vivos, desde el momento en que desaparece la razón natural de tal ficción, nula queda la donación que por sus méritos se sostenía é ilusorio es el derecho que, fundándose en una condición tácita, ésta no ha podido realizarse. Así es que ni creemos, como algunos publicistas, que el motivo del precepto del artículo que comentamos deba su origen á otra ficción legal, la de que los póstumos puedan adquirir por testamento con los requisitos de la ley, ni encontramos dificultad alguna para resolver el caso de que, hecha una acción de este género, el concebido muriese dentro del claustro materno, pues entonces la donación quedaba *ipso facto* nula y de ningún valor.

El art. 624 del Proyecto de 1882 se ocupó ya de este particular, y concordantes encontramos tanto en el art. 1579 del Código de Uruguay, como en el 1390 del de Chile, el 722 del de Guatemala, el 1179 del de Portugal, el 906 del de Francia, el 1059 del de Italia, el 906 del de Bélgica, el 2746 del de México y otros varios; pero en el artículo 906 del Código Francés, como en el mismo artículo del Código Belga, se dice de un modo terminante y claro que para ser capaz de adquirir entre vivos, bastará estar ya concebido en el momento de la enagenación, y que para estar en condiciones de heredar por testamento basta estar concebido en la época de la muerte del testador, pero que si el niño no nace viable, no producirán efecto ni la donación ni el testamento; lo cual hace ver que en tales Códigos se prevee más cualquier dificultad que pudiera suscitarse respecto de esta clase de donaciones, y se determina lo mismo que nosotros indicamos debe entenderse para el caso de que no naciese el concebido, aun cuando tal concepto no se consigna en nuestro Código.

El apartado 4.° del artículo 1059 del Código Italiano, del cual ya hicimos mención anteriormente, previene que las donaciones hechas en favor de los que estén por nacer, de una persona viva determinada, podrán igualmente aceptarse por el padre, la madre, el abuelo ó cualquier otro ascendiente; y el artículo 2749 del Código de Campeche como el igual artículo del Código de México ya citado, y el 2631 del Código de la Baja California, preceptúan que los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables, es decir, que se hayan desprendido enteramente del seno materno, que nazcan con figura humana, y vivan veinte y cuatro horas naturales.

De manera, que aun cuando nada significara, por ser nuestro, lo que al empezar este comentario hemos indicado; con solo fijarse cualquiera en lo que preceptúan la mayoría de los Códigos europeos y americanos, sin discurrir más sobre el particular, bastaría y sobraría para comprender que, como hemos expuesto, el precepto del artículo que comentamos significa tanto como exijir para la validez de donaciones hechas á los concebidos no nacidos, que en su nombre las acepten el padre, la madre, ó los abuelos que les hayan de representar cuando gocen de la vida extrauterina, y que si no llega á tener lugar su nacimiento, la donación no se realiza.

Art. 628. Las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta.

No se necesitan grandes esfuerzos para demostrar la verdad del texto que nos ocupa, pues es de aquellas que tiene el carácter de axiomática é inconcusa. Si la donación se hace á una persona inhábil, dicho se está, que habiéndo-

se expuesto anteriormente, que sólo podian aceptar donaciones los que no estén especialmente inhabilitados por la ley para ello, las donaciones hechas á personas inhábiles, ó sea á los que estén especialmente incapacitados pór la ley para aceptarlas, deben ser necesariamente nulas, porque faltan las condiciones que la ley exije para que aquellas se verifiquen en las personas á quienes se pretende transferir la cosa donada; y si por falta de ese requisito esencial son nulas, nunca podrán tener validez, aunque se acuda á un subterfugio simulando contratos, ó figurando terceras personas como interpuestas entre el donante y el donatario. Es más, esa simulación de contratos podria llevar tal asunto al extremo de que se perpretase un delito, y lejos de conseguirse lo que desearan con la suposición del contrato, deberian castigarse con arreglo al Código Penal, esa verdadera falsedad.

En el Proyecto de Código de 1851, en su art. 616, como en el Proyecto de 1882, art. 625, se propusieron preceptos análogos, consignándose en el último, que se consideran personas interpuestas, los ascendientes, descendientes y consortes de las personas inhábiles; y ya en las Leyes 10 y 23, del tit. 9.°, libro 24 del Digesto, encontramos algunos precedentes sobre el particular, puesto que alli se previene, que dejado fraudulentamente por fidéicomiso, pertenecia al Fisco; lo cual vemos reproducido en la Ley 13, tit. 7.°, Partida 6.ª. como también se hablaba ya de las personas inciertas en la Ley 25, tit. 9.°, lib. 24 del Digesto. Pero donde se ve verdadero antecedente y concordancia tal, que parece en ella reproducido nuestro Código, es en lo esencial del art. 911 del Código de Francia, pues previene que la disposición hecha en beneficio de una persona incapaz, será nula, aunque se la desfigure en la forma de un contrato oneroso, ó se haga á nombre de personas intermediarias, reputándose tales personas intermediarias los padres, los hijos y demás descendientes, y el conyuge del incapacitado. Y tal precepto no se encuentra aislado en el referido Código, sino que tiene bastante relación con las prescripciones que entrañan los arts. 895, 902, 906, 967, 1099, 1338, 1341, 1346 y 1353 del mismo; y con arreglo á la tesis sustentada en ellos, han venido á dictarse varias sentencias por el Tribunal de casación de aquel pais, en 5 de Agosto de 1841, 12 de Agosto de 1856, 27 de Marzo de 1857, 3 de Junio de 1861, 26 de Febrero de 1862, 6 de Agosto de 1862, 8 de Marzo de 1864 y otras.

Igual precepto encontramos en el art. 911 del Código de Bélgica; y en el art. 1053 del Código de Italia, se viene á ordenar que no podrán adquirir por donación, ni aun bajo el nombre de pérsonas interpuestas, los incapaces de recibir por testamento; con cuyos preceptos están conformes el art. 1478 del Código de Luisiana, el 958 del de Holanda, el 1481 del de Portugal, el 572 del de Vaud, el 2750 y el 2751 del de México, el 2632 del de la Baja California, y los artículos 2750 y 2751 del de Campeche, en cuyos tres últimos Códigos se previene que las donaciones hechas simulando otro contrato á personas que, conforme á

la Ley, no puedan recibirlas, son nulas; ya se hagan de un modo directo, ya por interpósita persona; y se consideran como interpósitas personas, los ascendientes, descendientes y conyuges de los incapaces.

Art. 629. La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación.

Ya hemos dicho anteriormente, al hablar de la manera de perfeccionarse la donación, que es requisito indispensable, para que ésta se verifique, la aceptación del donatario, como hicimos mención de tal extremo al sostener que el contrato era una de tantas fórmulas de presentarse y tomar desarrollo las donaciones. Hoy es un corolario de aquella simple exposición del precepto que nos ocupa, pues si para perfeccionarse la donación no fuese precisa la aceptación del donatario, el donante se veria obligado desde el momento en que expresa su voluntad de verificar aquel acto de liberalidad; pero como la aceptación es requisito indispensable en toda donación, y la conformidad de las voluntades del donante y del donatario la perfeccionan, de aqui el que como consecuencia ineludible del art. 623, ha venido á consignarse el precepto del art. 629, que ahora nos ocupa, estableciendo que la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación.

Ocupábanse de esto los proyectos de Código Civil de 1851 y de 1882, en sus arts. 945 y 626 respectivamente; y concordancias encontramos en el art. 932 del Código de Francia, de que ya hicimos alguna indicación, y en el que se expresa que la donación entre vivos no obligará al donante, y no producirá efecto alguno hasta el momento en que haya sido aceptada en términos expresos; lo cual, sustancialmente, viene á ser lo mismo que preceptúa el art. 629 de nuestro Código, y está en relación perfecta con el último párrafo ó frases últimas del art. 894 del referido Código Francés, que al definir la donación vino á aceptar como uno de sus extremos la necesidad de la aceptación; y también se relacionan los expresados preceptos con los que entrañan los arts. 780, 1076, 1087, 1121 y 1317 de aquel Código, que al ocuparse de las formas de la aceptación, previene que puede hacerse en vida del donante por documento posterior y auténtico que se protocolizará; pero en tal caso, la donación no producirá efecto respecto del que la hizo, mas que desde el dia en que se le notifique el acta de aceptación, con arreglo á cuyos principios se dictaron varias resoluciones por el Tribunal de Casación Francés, en 28 de Enero de 1837, 27 de Marzo de 1839, 25 de Abril de 1853, 30 de Julio de 1856, 18 de Noviembre de 1861 y otras varias; informando iguales principios el Código de Bélgica en idénticos artículos, y viéndose en el Código de Italia idéntica redacción en lo esencial, tanto respecto de la necesidad de la aceptación, sin la cual la donación no obligará al donante, como en lo relativo á la forma de esa aceptación, lo cual se com-

prende perfectamente sin más que leer el art. 1057 del mencionado Código de Italia.

Análogas teorias sustentan el Código de Luisiana en su art. 1454, el de Portugal en su art. 1456, el de Chile en su art. 1412, el de Holanda en sus artículos 1703 y 1720, el de Uruguay en sus arts. 1574, 1580 y 1581, el de Guatemala en su art. 700, el de Mexico en su art. 2721, el de Vaud en su art. 557, el de Campeche en su art. 2721 y el de la Baja California en su art. 2603.

El Código de la República Argentina, en vez de limitarse á decir como en los Códigos de México, Campeche y Baja California, que la donación es irrevocable desde que el donatario la acepta y se hace saber la aceptación al donador, se ocupa de esta misma aceptación en varios artículos, y especialmente en el 1792 preceptúa que para que la donación tenga efectos legales, debe ser aceptada por el donatario expresa ó tácitamente, recibiendo la cosa donada. Y en su art. 1793 previene que antes de que la donación sea aceptada, el donante puede revocarla expresa ó tácitamente vendiendo, hipotecando ó dando á otros las cosas comprendidas en la donación. Pero no es esto solo; el art. 1848 de aquel Código Argentino dice que la donación aceptada sólo puede revocarse en los casos á que se refiere aquel capitulo 10, sección 3.ª del libro 2.° del referido Código.

Y si la donación se hace á varias personas separadamente, es indispensable que sea aceptada por cada uno de los donatarios, teniendo efecto tan sólo, respecto á las partes que la hubiesen aceptado: mas si se hiciere á varias personas solidariamente, la aceptación de uno de los donatarios se aplica á la donación entera.

Por lo tanto, vemos de un modo bien claro que la aceptación en esta expontánea liberalidad que técnica y gramaticalmente se la llama donación, es el consentimiento del donatario que complementa la voluntad del donante, admitiendo lo que éste le transfiere graciosamente, no siendo una condición de forma sino una parte esencial de la sustancia de la convención.

Art. 630. El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, ó por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, ó con poder general y bastante.

Casi era innecesario el precepto de este articulo, pues desde el momento en que se establece en el artículo anterior la aceptación como necesaria para que la donación produzca sus efectos, no habia necesidad de decir expresamente lo que una consecuencia ineludible es de aquel principio. Si como dice el artículo 623 de este mismo Código, la donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta y se pone la aceptación en conocimiento del donante, si la donación no obliga al donante ni produce sus efectos sino desde la aceptación,

según el art. 629, evidente es que ha de conceptuarse nula toda donación en la que el donatario no ha cumplido con su único deber que es el de aceptarla por sí ó por medio de persona autorizada con poder especial para ello. Así es, que el art. 630 de nuestro Código, viene á ser la expresión de los modos ó formas en que puede hacerse la aceptación, y viene á sustituir lo que en el párrafo último de su art. 932 expresa el Código Francés, y lo mismo que preceptúa el último párrafo del art. 932 del Código de Bélgica, y expresa el párrafo 2.º del art. 1057 del Código de Italia, viéndose confirmados estos preceptos en los artículos 1058 al 1062 del referido Código de Italia, 933 al 938 del Código de Francia, en el 1411 del de Chile, en el 1529 del de Luisiana, en el 1797 del de la República Argentina, en el 1771 del de Holanda, en los arts. 933 al 935 del Código de Bélgica, en los arts. 1582 y 1583 del Código de Uruguay, en el 2730 del Código de México, en el 707 de Guatemala, en el 2612 del de la Baja California y en el 2790 del de Campeche, en cuyos últimos Códigos se dice como en el nuestro, que el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar por sí mismo ó por medio de quien tenga su poder especial para el caso, ó general para aceptar donaciones.

También el Proyecto de Código de 1882, en su art. 630, contenia la misma disposición que nuestro artículo de este Código.

Art. 631. Las personas que acepten una donación, en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas á procurar la notificación y anotación de que habla el artículo 633.

De la misma manera que el donatario debe hacer saber su aceptación al donante, las personas que aceptan una donación como representantes de los donatarios que por sí solos no pueden aceptar, están obligadas á procurar la notificación y anotación, bien en la misma escritura de donación, bien en otra separada, cuando se trata de cosas inmuebles; pero cuando dicha aceptación se hiciere en escritura separada, deberá notificarse la anotación en forma auténtica al donante, anotando esta diligencia en ambas escrituras. Y esto se comprende, pues si la aceptación es un requisito indispensable para que la donación sea valedera, ha de serlo con mayor motivo cuando se trata de donaciones de cosas inmuebles; y si la aceptación no se consigna en una escritura de donación, sino en escritura separada, en la que no intervengan ambas partes, es decir, donante y donatario, es evidente, que, como la escritura de aceptación no puede ser más que una especie de acta que sirva para expresar la conformidad con lo consignado en la escritura de donación, que también se reduciría en ese caso á otra acta expresiva de la manifestación del donante, se hace indispensable que al pie de esas escrituras se consignen las notificaciones que

al donante y al donatario han de hacerse respectivamente de la expresión de la voluntad de cada uno de ellos; pero si la donación se hace en verdadera forma de contrato bilateral, no cabe duda que la escritura ha de ser una sola en la que figuren donante y donatario (ó su representación), y en la que se consigne la voluntad expresa del primero consistente en donar y la voluntad del segundo cousistente en aceptar.

De manera, que aquí viene también á demostrarse implícitamente, que la donación puede significarse ante Notario público por escritura sí, pero en distinta forma que los verdaderos contratos, porque si así no fuese, y sólo pudiera otorgarse como los contratos, no se consentiría esa divisibilidad de actos para expresar las voluntades del donante y donatario, ni habría esas notificaciones de las cuales es preciso consignar notas en ambas escrituras á que se refieren los arts. 631 y 633 de nuestro Código.

Los Proyectos de Código Civil de 1851 y 1882, ocupáronse ya de este asunto, aunque proponiendo cosas bastante diversas, pues mientras el primero en su art. 951, además de expresar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se irrogasen á los interesados, preceptuaba, que las personas impedidas de aceptar, podrían hacer por sí mismas las diligencias de que trataba dicho artículo si los obligados fueran negligentes, el art. 631 del segundo redactábase en la misma forma y conteniendo los mismos preceptosque el art. 631 que de nuestro Código comentamos al presente.

Concordancias encontramos en el art. 940 del Código de Francia, en el 2730 del Código de México, en el 940 del Código de Bélgica, en el 2730 del Código de Campeche, en el 2612 del Código de la Baja California, en el 720 del Código de Guatemala, de los cuales, anteriormente nos hemos ocupado y muy especialmente de los Códigos americanos, por lo cual, no hemos de insistir en reproducir sus textos. Y respecto del Francés como del Belga, conviene consignemos que determinan se haga la inscripción á instancia del marido, cuando se hubiésen donado los bienes á su mujer; y si el marido no llena aquella formalidad, la mujer podrá proceder á ella sin autorización; y que cuando la donación se haga á menores incapacitados ó establecimientos públicos, se hará la inscripción á instancia de los tutores, curadores ó administradores: todo lo cual se comprende perfectamente, teniendo en cuenta lo que previenen los artículos 938 y 939 de dichos Códigos, pues, según el primero, la donación aceptada en forma, se entiende perfecta por el consentimiento de las partes, pasando al donatario la propiedad de los objetos donados sin necesidad de otra tradición; y por lo que preceptúa el segundo, si hay donación de bienes susceptibles de hipoteca, deberá inscribirse aquella, así como también la aceptación ó notificación que se hubiere hecho por acta separada en las oficinas de hipotecas en donde los bienes radiquen.

Art. 632. La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente ó por escrito.

La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no sufrirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma de aceptación.

Determinase en este articulo la diferencia que desde luego indicamos se encuentra entre la donación de cosas muebles y la de inmuebles, y las diferentes formas de verificarse la donación de cosa mueble; y se expresa de manera tal el legislador, que no puede darse más lógica ni más previsión, pues no sólo establece las diferencias de ese acto de liberalidad según el objeto del derecho, sino que marca las formas en que la donación es susceptible de manifestarse.

Evidente es que la donación de una cosa mueble, puede hacerse y se hace ordinariamente sin acudir al dispendioso medio de una escritura; basta la enunciación verbal de la voluntad del donante y la entrega de la cosa donada que recibida fué de buen grado por el donatario para que la donación se perfeccione y se consume en un sólo acto; pero no cabe duda que esto puede tambien realizarse por escrito mucho más cuando en la donación se impongan ciertas condiciones, cuya expresión deba perpetuarse, consignándolo expresamente de una manera que no quepa lugar á duda. Por eso el Código exige para la donación verbal, la simultánea entrega de la cosa donada; y si este requisito falta, no producirá efecto tal donación mientras no se haya dado por escrito, y por escrito conste la aceptación.

El Proyecto de Código Civil de 1851, propuso en su art. 946 y 952, que las donaciones de bienes muebles se hiciesen también en escritura pública, expresando el valor de todas y cada una de las cosas, pero que valdria la donación de bienes muebles cuyo valor no excediese de cien duros en cualquier forma que se hiciere siempre que constase con certeza el acto, y el donante y el donatario tuvieren capacidad legal, mientras que los arts. 627 y 628 del Proyecto de 1882, proponian lo mismo que preceptúa hoy el art. 632 que de nuestro Código comentamos excepto las últimas frases que en éste se consignan, ó sean las palabras siguientes: «y consta en la misma forma la aceptación». De manera que aun antes de regir el nuevo Código que comentamos, ya por la lectura de aquellos proyectos se veia desaparecer el antiguo derecho fijado en las Leyes 25, tit. 3.º, lib. 32 y 7, tit. 5.º, lib. 39 del Digesto, y en las que el Código Romano marcaba con los números 27 y 36, tit. 54, del lib. 8.º; como tambien se veian desaparecer los preceptos de la Ley 9.ª, tit. 4.º, Partida 5.ª, en la que se ordenaba que era necesaria la insinuación ó la aprobación judicial, cuando la donación excedia de 500 sueldos de oro, indudablemente porque las necesidades de esta época no imponian restricciones de tal género, que precisas se hicieron en aquellos tiempos.

Gran concordancia guardan con el precepto de este artículo los de diversos Códigos extranjeros, pero el art. 948 del Código de Francia difiere bastante de lo que nuestro Código expresa con relación á la donación de bienes muebles, pues preceptúa, que todo acto de donación de efectos muebles, no será válido sino con relación á los efectos comprendidos en un estado con su tasación firmado por el donante, por el donatario ó por aquellos que en su nombre acepten, y el estado se unirá al protocolo de la donación, cuyo precepto está en relación con el contenido de los arts. 535 y 1084 del mismo Código, sirviendo de base las varias sentencias dictadas por el Tribunal de casación de aquel país, entre otras, la de 17 de Mayo de 1848, 11 de Abril de 1854 y 29 de Noviembre de 1858, en las que se resuelve, que el estado estimativo que debe acompañarse á las donaciones de efectos muebles, es necesario también en el caso de la donación de cosas incorporales; y que dicho estado no puede reemplazarse por una enumeración de los objetos donados con su evaluación en conjunto, sino que debe presentarse la tasación particular de cada uno de los objetos; é iguales principios informan las prescripciones contenidas en el Código de Bélgica, muy principalmente en su art. 948, y en el art. 1070 del Código de Italia, sin que nada tenga que ver con el caso que nos ocupa el art. 1056 del Código de Italia, que algún publicista cita en su obra como concordante con nuestro Código.

Análogos preceptos al nuestro se encuentran también en los arts. 1458 y 1459 del Código Portugués, en los arts. 1523 y 1525 del Código de Luisiana, en el art. 1719 y 1724 del Código de Holanda, 1580 del de Uruguay, 715 del de Guatemala, 2722 al 2725 del de México, 1815 del de la República Argentina, 2604 al 2607 del de la Baja California, 2722 al 2724 del de Campeche, 1524 del Código de Veracruz-Llave, exponiéndose en éste que las donaciones de bienes muebles, cuyo valor no llegue á doscientos pesos, no están sujetas á las prescripciones del capítulo 2.°, tít. 4.°, del lib. 3.° de aquel Código, y surtirán todo su efecto siempre que de cualquier modo conste el hecho y la capacidad legal del donador y donatario: siendo aplicable tal disposición á los regalos autorizados por el uso aunque su valor exceda de dicha cantidad; mientras que el Código de México y el de la Baja California están conformes en los artículos citados, en que la donación puede hacerse verbalmente ó por escrito: que la donación verbal no puede hacerse más que respecto de bienes muebles: que la donación verbal solo produce sus efectos si el valor de la cosa no pasa de 200 pesos; y que si el valor de los muebles donados excediese de dicha cantidad, la donación debe otorgarse en escritura pública; si bien difieren respecto de la cantidad, pues el de México como el de Campeche, fijan la de 300 pesos como el máximum del valor de la cosa, para que la donación pueda hacerse verbalmente; y el Código de la República Argentina, en su artículo ya citado, preceptúa que las donaciones de cosas muebles ó de títulos al portador, pueden hacerse sin

un acto escrito por solo la entrega de la cosa ó del título al donatario, y el también citado artículo 1724 de Holanda, previene que los dones manuales de objetos muebles corporales, y de efectos al portador, serán válidas sin escritura pública y por la sola entrega hecha al donatario. De todo lo cual se deduce que la mayor parte de los Códigos establecen las mismas diferencias que el nuestro, respecto de las donaciones de bienes muebles y bienes inmuebles; conceptúan que las primeras pueden hacerse verbalmente y por escrito, y algunos las clasifican, según su importancia, adoptando un sistema más ó menos restrictivo, de lo cual parecía hacerse partidario el señor Goyena al comentar el Proyecto de Código. Nosotros, sin seguir en un todo ni las teorías de Tromplong, ni las de otros muchos publicistas, que con más ó menos exageración se han ocupado de este asunto, nos declaramos partidarios de que debe dejarse libre á todos la disposición de sus bienes, pues si se reglamenta de cierta manera el desenvolvimiento y desarrollo de la propiedad individual, vendríamos á caer en las absurdas y utópicas teorías de la escuela socialista que matan la propiedad.

Art. 633. Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación ó en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.

Al comentar el art. 631 digimos ya bastante con relación á la donación en la cual no podía verificarse la aceptación por los mismos donatarios y era preciso efectuarla por sus representantes; mas allí se trataba de la donación en general, y en el artículo que ahora comentamos se trata de las donaciones de cosas inmuebles; así es que, aunque ciertos principios sean comunes á lo que uno y otro artículo preceptúan, es lo cierto que en las relativas á cosas inmuebles, hay que fijar más la atención, no sólo porque generalmente son de mayor importancia, sinó porque para los efectos ulteriores se hace preciso inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos ó instrumentos en que las mismas se realizan. Así se comprende perfectamente que el legislador exija para la validez de una donación de cosas inmuebles que se consigne en escritura pública, y que en ella se exprese no solo todos y cada uno de los bienes donados, sino el valor de ellos y las cargas que deba satisfacer el donatario; porque de esta

manera se aclara cualquier concepto equivoco que pudiera haber y se determina lo que el donante transfiere al donatario, pudiendo éste suplir con arreglo á ley, al efectuar la inscripción necesaria en el Registro, su nombre, como nuevo adquirente de la cosa por el del antiguo propietario.

Ya la Ley 2.ª, párrafo 6, tit. 5, lib. 39, Dig. se ocupaba de esta materia, y la la Ley 8.ª, tit. 4.º, Part. 5.ª, la trató con toda extensión, declarando válidas las donaciones, aún cuando comprendiesen todo el caudal del donante, mientras que la Ley 69 de Toro prohibió las donaciones generales ó sean las de todos los bienes del donante por cuanto al amparo de una tan gran liberalidad, siempre suele ocultarse algún fraude; y bajo este supuesto, todos los Códigos miran con prevención esas donaciones de la totalidad de los bienes del donante que solo revelan una locura, una prodigalidad, un artificio que la ley no puede secundar, pues ninguno de los conceptos en que se comprenda una donación de tal naturaleza, pueden estar dentro de la ley, de la equidad, de la justicia, ni los comprende fácilmente la sana crítica racional: así es que aún cuando el derecho de propiedad sea individualista, y aún cuando nosotros sostengamos que cada individuo debe tener la libre disposición de sus bienes, para que la verdadera propiedad exista, no dudamos que la sociedad en que los individuos viven, y en su nombre la ley, debe oponerse á lo inverosímil dentro de lo natural y lógico, y no puede menos de regular bajo este aspecto la propiedad del que por cualquiera de los conceptos antes indicados, hace donación general de todos sus bienes, quedando sin lo necesario para atender á su subsistencia y la de su familia.

Además de estos precedentes, encontramos en el Proyecto de Código de 1851 los arts. 946 y 947, en los que se proponian preceptos análogos á los contenidos en el art. 633 que de nuestro Código comentamos, si bien se pretendia en aquel Proyecto que se hiciese constar la donación por escritura pública cualquiera que fuesen los bienes en que consistiese; mientras los arts. 628 y 629 del Proyecto de Código de 1882, propusieron preceptos que con muy ligera variante equivalen á los contenidos en el articulo que comentamos.

El Código de Francia en sus arts. 931 y 932 demuestran concordancias con el nuestro, como los arts. 1056 y 1057 del Código de Italia, los arts. 931 y 932 del Código de Bélgica, los arts. 1523 y 1525 del de Luisiana, el 1810 del de la República Argentina, en el que se señalan las formas de las donaciones, reconociendo como precedentes la Ley 16, lib. 10 de la Novisima Recopilación, y en el que se preceptúa que deben ser hechas ante Escribano público en la forma ordinaria de los contratos, y á falta de Escribano, ante el Juez del lugar y los testigos, bajo pena de nulidad:

1.º Las donaciones de bienes inmuebles;

2.º Las donaciones remuneratorias;

3.º Las donaciones con cargo;

4.° Las donaciones de un esposo á otro esposo para después de su fallecimiento;

5.° Las donaciones de prestaciones periódicas ó vitalicias.

También encontramos concordancias en los arts. 1459 y 1466 del Código de Portugal, 1719 del Código de Holanda, 1580 del Código de Uruguay, 1400 del de Chile; 2726, 2728 y 2729 del de México, 2608, 2610 y 2611 del Código de la Baja California, 2725, 2726, 2728 y 2729 del Código de Campeche, y los arts. 1316 al 1318 del Código de Veracruz-Llave; si bien en este último Código se ven más confundidas las donaciones de bienes muebles y las de los inmuebles queen los tres anteriores, en los que se preceptúa que si la donación fuese de bienes raíces, sólo podrá hacerse en escritura pública, sea cual fuere su valor; y no producirán sus efectos contra tercero sino desde que sea debidamente registrada.

CAPITULO III

De los efectos y limitación de las donaciones

Art. 634. La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante ó parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad ó en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias.

El articulo que acaba de consignarse, es una consecuencia de lo que decíamos al recordar las leyes de Toro y el espiritu que informa á la mayoría de los Códigos extranjeros; en nuestro Código, previsor y con el deseo sin duda el legislador de armonizar en lo posible la libertad domicial con los intereses sociales, no queriendo permitir el abusivo modo de obrar de que anteriormente nos ocupamos respecto del absurdo que envolvería la donación universal, hasta el extremo de no reservarse el donante lo necesario para subsistir, determina perfectamente que la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, es decir, aquellos de que pudiera disponer al hacer la donación ó parte de ellos, con tal que este se reserve lo necesario para vivir de una manera que en relación esté con sus circunstancias y condiciones.

Hemos expuesto ya, que, por más que reconozcamos la libertad de la propiedad individual por su naturaleza, (á la que siempre debe suponerse libre mientras no se demuestre lo contrario), y por consiguiente seamos partidarios, (como su consecuencia ineludible) de la libertad de disponer de ella, de la libertad de hacer donaciones como el abuso de esta libertad pudiera redundar en daño del donante y de sus hijos, no era posible dejar de intervenir en ese acto de liberalidad, que, en absoluto y sin limites de ningún género podria perjudicar al mismo donante, á su familia y á la sociedad; puesto que las donaciones

hechas de un modo absoluto y quimérico no son las que fomentan la riqueza pública, sino que generalmente la destruyen, porque nada que nace del absurdo puede hacerse viable ni productivo. Esta es la razón porque los Gobiernos todos han tenido que limitar ese derecho individual, que, respetando en cuanto han podido en la mayor de su integridad aquella libertad, la han condenado en más ó en menos, mirando con recelo las donaciones denominadas universales, y tomando medidas previsoras para evitar sus desastrosos males, que solo conducen al suicidio, y que ya el señor García Goyena al comentar el Proyecto de 1851, censuraba como irrazonables y debidas únicamente á la fuerza irresistible de una seducción ejercida con habilidad y constancia ó á un exceso de locura.

Efectivamente, lucha y lucha grande han debido sostener todos los legisladores para cumplir su misión respecto de este tan delicado punto, pues si bien el respeto á la libertad individual nos lleva al consentimiento de toda clase de donaciones, recordando casos y armonizando ideas, no puede menos de fluctuarse entre si el acto de liberalidad ejercido por uno que disgustos incalculables ha tenido con sus afines, puede incluirse entre los actos de imbecilidad ó locura, puede conceptuarse como el producto de insidiosas acechanzas contra la debilidad, ó pueden considerarse como verdaderos actos de justicia debidos á antecedentes que nadie debe desentrañar, porque sólo al donante pertenecen, y solo al propietario que dispone de sus bienes deben estar reservados.

Hemos dicho antes que las donaciones universales envuelven en sí más que una duda, una fundadisima sospecha de dolo ó fraude, de locura ó abnegación extrema; pero no hemos podido desentrañar los arcanos en los que esos elementos que torturan la imaginación humana se encierran. Es indudable que el hombre que hace donación de todos sus bienes, hasta el extremo de quedarse sin el pan para sí mismo, ó es un mártir de sus arraigadas virtudes, de su magnanimidad, de sus ideas exageradas, ó es un loco; es también indudable que el hombre que por sus continuadas é inmotivadas donaciones, deja sin pan á sus hijos, á quienes por la naturaleza debe el alimento del alma y del cuerpo, deja de atender á sus descendientes y no ampara á sus padres; ó está incapacitado, ó es un criminal; pero de esto á que se le obligue á guardar lo que con su trabajo y su inteligencia gana, para que otros que se llaman herederos legítimos, disfruten de sus economias, hay una diferencia inmensa; y si el legislador regulase la disposición de nuestros propios bienes con miramientos y atenciones hácia todos nuestros parientes, cualquiera que sea su condición y clase, vendríamos á parar en que la propiedad no sería tal propiedad, en que uno no podría disponer de sus bienes libremente, y en que se arrancaría la base del estímulo y de la afición al trabajo, desde el momento en que, salvas las relaciones naturales y jurídicas entre padres é hijos, se viniese á re-

glamentar la manera de disponer de las cosas que uno ha ganado legitimamente, y se diese una medida más mezquina siempre, por muy acompasada que fuese, que la de los impulsos de nuestro corazón, que la de los gritos de nuestra conciencia; una medida que por justificada que pareciese, siempre vendría á conculcar y destruir el más sagrado de los principios, la libertad de la propiedad.

Por esto, aún cuando los Gobiernos que menos restricción han puesto á esa libertad han sido los que han exigido á los donantes la reserva de medios de una decorosa subsistencia para si y sus legitimos descendientes, y otros Gobiernos, más desconfiados, han llevado ese sistema obstruccionista hasta el extremo de marcar aquellos pocos casos en que el hombre podia disponer de sus bienes por donación, se ha visto en todos los Códigos modernos de los pueblos más civilizados que si bien condenan las donaciones entre vivos de los bienes futuros, dejan amplia libertad respecto á los bienes presentes, en cuanto por esas donaciones no se irroga perjuicios á los donantes y á sus hijos.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 953, y el Proyecto de 1882, en sus artículos 633 y 634, ocupándose de esto proponían preceptos análogos al que es objeto de este comentario, si bien el art. 634 del último Proyecto se ocupaba en definir los bienes futuros.

La Ley 35, tít. 54, lib. 8.°, Cód., prescribía que la donación podia comprender todos los bienes presentes y futuros, sin perjuicio de la legitima, pero en la práctica se impugnaba esta facultad por creerla diametralmente opuesta á la de testar, y se conceptuaba precisa la reserva de alguna parte del haber ó caudal para de él disponer libremente.

La Ley 8.ª, tít. 4.°, Part. 5.ª, hemos dicho ya que consideraba válida la donación de todo lo del donante, mas luego la Ley 69 de Toro, comprendida en la ley 2.ª, tít. 7.°, lib. 10 de la Novisima Recopilación, como la Ley 7.ª, tít. 12, lib. 3.° del Fuero Real, prohibió que se donasen todos los bienes, aunque á los presentes se limitase la donación sin tener en cuenta si perjudicaba ó no á los herederos forzosos.

Y después de consultar estos precedentes, en los que tan diversas teorías se ven desarrolladas, acudiendo al examen de los Códigos modernos, en los que tantas concordancias encontramos con el nuestro, vemos que el Código de Francia, en su art. 943, conceptúa como valedera únicamente, entre vivos, la donación de los bienes presentes del donante, y considera nula la que se extiende á los bienes futuros cuando de la misma se trata en concepto de entre vivos, pues para despues de la muerte tiene una mayor extensión: y el Código de Italia, en su art. 1064, determina que la donación no podrá comprender más que los bienes presentes del donante, y que si contuviese bienes futuros será nula respecto de estos; viéndose análogos preceptos en el art. 598 del Código de Vaud, en el 1460 del de Portugal, 1704 del de Holanda, 708 del de

Guatemala, 1586 del de Uruguay, 2731 del de México, 2613 del de la Baja California y 2731 del de Campeche, que, son casi idénticos al que de nuestro Código comentamos, en su esencia, aunque con una redacción negativa, puesto que se expresan exponiendo que es nula la donación que comprende la totalidad de los bienes del donante si éste no se reserva en propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias.

También concuerda con el art. 634 de nuestro Código el art. 1325 del Código de Veracruz-Llave, según el cual se permite la donación del todo á parte de los bienes, con tal que sean los presentes y no los futuros y que el donador se reserve el usufructo ó alguna porción conveniente para subsistir, siendo nula la donación que comprendiese los bienes futuros; mientras que el Código de Austria permite, por el contrario, en su art. 944, no sólo donar los bienes presentes sino la mitad de los futuros, y el de Baviera permite donarlo todo mientras no perjudique á los legítimos acreedores y con la condición de que el donatario se obligue á mantener decorosamente al donante.

El Código de la República Argentina en su art. 1800, (y no los que algunos comentaristas citan como concordantes del artículo que nos ocupa), preceptúa que las donaciones no pueden comprender sino los bienes presentes del donante, y, si comprenden también bienes futuros, serán nulas por lo que á los mismos se refieran; que las donaciones de todos los bienes presentes subsistirán, si los donantes se reservaren el usufructo, ó una porción conveniente para subvenir á sus necesidades, salvos los derechos de sus acreedores y de sus herederos, descendientes ó ascendientes legítimos; con cuyo precepto está conforme el art. 867 del Código Napolitano y los de la mayor parte de los Códigos ya citados.

De todo lo cual se deduce, que aun prescindiendo de los antecedentes consignados y de las opiniones autorizadas de varios publicistas, entre otros Savigny, queda permitida la donación expontánea y libre de todos los bienes presentes del donante, que son aquellos de cuya propiedad puede desprenderse en el momento de hacer aquella donación, con tal que se reserve el usufructo ó parte de la propiedad en proporciones tales, que el donante pueda atender á sus necesidades sin perjudicar en nada á sus acreedores ni á sus herederos ascendientes ó descendientes legítimos.

Las teorías sustentadas en el artículo, objeto de este comentario, fueron ya consignadas en las Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 28 Marzo y 4 Mayo de 1859 y otras.

Art. 635. La donación no podrá comprender los bienes futuros.

Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Poco ó nada deberemos decir al comentar este artículo, toda vez que al ocuparnos del anterior ya hemos dicho que la mayor parte de los Códigos modernos no consienten la donación entre vivos de los bienes futuros. Sólo el Código de Austria permite que la donación se extienda á la mitad de los bienes futuros. Y se comprende perfectamente que las donaciones se circunscriban á los bienes presentes, por cuanto en ellos sólo cabe la transferencia y tradición en el acto de efectuar esa expontánea liberalidad.

Es inconcuso que por bienes futuros se entiende y entenderse debe, aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de hacer la donación, y si no puede disponer, mal podrá transferirlos por un acto de liberalidad en el que se hace precisa la tradición.

Iguales preceptos se encuentran en el art. 943 del Código de Francia, en el 1064 del Código de Italia, en el 943 del Código de Bélgica, el 494 del Código de Austria, el 1453 del Código de Portugal, el 1586 del de Uruguay, el 598 del de Vaud, el 1704 del de Holanda, el 1409 del de Chile, el 1800 del de la República Argentina, el 1714 del Código de México, el 2596 del de la Baja California y el 2714 del Código de Campeche, cuyos tres últimos Códigos en sus referidos artículos preceptúan terminantemente lo mismo que el nuestro en su primer apartado, es decir, que la donación no puede comprender los bienes futuros.

Art. 636. No obstante lo dispuesto en el art. 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar ó recibir por testamento.

La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida.

Este artículo y los dos anteriores, se complementan de tal manera, que parecen consecuencia el uno del otro; y, en el que al presente comentamos, se determina que, á pesar de la regla general establecida en el 634, en virtud de la cual cualquiera puede hacer donación de todos sus bienes presentes con tal que se reserve lo necesario para vivir, como corresponde á sus circunstancias y condicion social, por no anular las donaciones que en algo excedan de lo que lógicamente es dable realizar, viene á prescribirse que ninguno podrá dar ni recibir á título de donación más de aquello que legalmente puede dar ó recibir por testamento. Y asi como los testamentos se declaran inoficiosos cuando excedan de los limites que la ley permite, también las donaciones podrán declararse inoficiosas á instancia de la parte por ellas perjudicada cuando se hicieren en contradicción con las prescripciones legales. Pero para que la donación no sea ilusoria, y para que el donatario no sufra un perjuicio irreparable por razón del exceso anulándola en toda su extensión, tan sólo se la declarará inoficiosa en lo que traspase los límites por la ley señalados, y de

esta manera queda reparado el perjuicio, subsistente en parte la donación, é incólume el principio de libertad de la propiedad, y por ende de la libertad individual hasta el extremo que ésta pueda hacerse compatible con la vida social.

Precedentes se encuentran de la disposición que entraña el artículo que nos ocupa, tanto en el párrafo 4.° de la Ley 35, tít. 54, lib. 8, Cód., como en las Leyes 4.ª, 8.ª y 9.ª, tít. 4.°, Part. 5.ª; en la Ley 5.ª, tít. 3.°, lib. 10, de la Novisima Recopilación y en la Ley 7.ª, tít. 12, lib. 3, del Fuero Real. También el Proyecto de Código de 1851, en su art. 954, y el Proyecto de 1882, en su art. 635, propusieron preceptos análogos al que al presente nos ocupa, y los Códigos modernos extranjeros encierran concordancias tales, que en muchas de sus prescripciones parece estereotipado el precepto de nuestro artículo; lo cual se vé bien claramente sin más que leer el art. 920 del Código de Francia, en el cual se determina que las disposiciones entre vivos ó *mortis causa*, que excedan de la cuota disponible, se podrán reducir hasta el límite de la misma cuota al tiempo de producir efecto la sucesión: y en los arts. 2733 del Código de Campeche, 2615 del de la Baja California y 2733 del Código de México en los que se preceptúa que las donaciones son inoficiosas en cuanto perjudiquen á la obligación del donante de administar alimentos á sus ascendientes, descendientes y cónyuge, y en cuanto ascendiesen de la parte que la ley declara de libre disposición.

Concuerdan también con el precepto que nos ocupa el art. 1091 del Código de Italia, el 1587 del Código de Uruguay, el 578 del de Vaud, el 1489 del de Luisiana, los arts. 1789 y 1790 del Código de Portugal, el art. 966 del Código de Holanda, el art. 1830 del Código de la República Argentina, lo mismo que el 837 del Napolitano, entienden que debe reputarse donación inoficiosa, aquella cuyo valor exceda de la parte de que el donante pueda disponer, rigiéndose para la reducción de tales donaciones por las reglas de los testamentos inoficiosos. Y el art. 1326 del Código de Veracruz-Llave, sostiene que la medida de lo que puede donarse es lo que puede darse ó recibirse por testamento, y que es inoficiosa la donación en todo lo que exceda de esta medida. De manera que el precepto de este artículo es en esencia exactamente igual al de nuestro Código.

Art. 637. Cuando la donación hubiese sido hecho á varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

El artículo que acabamos de consignar entraña dos preceptos que parecen diametralmente opuestos y que realmente no lo son, pues si bien las donaciones conjuntas entre personas extrañas deben entenderse hechas por partes iguales, no recayendo á favor de personas relacionadas por ciertos vínculos jurídicos, han de mostrarse independientes en sus derechos, y por consiguiente no cabe en ellas el de acrecer mientras el donante no lo dispusiera expresamente; y esto, que como regla general sienta el artículo que comentamos, tiene su excepción cuando se trata de donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer, entre los cuales debe existir siempre el derecho de acrecer, puesto que se complementan el uno al otro, y en muchos de los países forales como en Aragón especialmente, se dividen por mitad los gananciales, ó sea lo, que durante el matrimonio han adquirido con independencia de loque proceda de sus ascendientes, ó de lo que ambos heredan en sus respectivas ramas familiares.

El Proyecto de Código de 1851, en sus arts. 955 y 956, en relación con el 1256, proponía preceptos análogos, si bien no hacía excepción alguna en favor de los casados, y el art. 636 del Proyecto de 1882 propuso casi literalmente las mismas prescripciones que el art. 637 que de nuestro Código comentamos.

Concuerda tal precepto con el art. 1467 del Código de Portugal, como el 1798 del Código de la República Argentina, que preceptúa que cuando la donación se haga á dos ó más beneficiados conjuntamente, ninguno de ellos tendrá derecho de acrecer, á menos que el donante le hubiere conferido expresamente; y en relación está también dicho precepto con los contenidos en el Código de Baviera sobre este particular.

El Código de Campeche, en su art. 2739, preceptúa que la donación hecha á varias personas conjuntamente, no produce á favor de éstas el derecho de acrecer, sino es que el donante lo haya establecido de un modo expreso: é iguales preceptos contiene el art. 2621 del Código de la Baja California, y el 2739 del Código de México, así como el artículo 1328 del Código de Veracruz-Llave.

Art. 638. El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen.

Es natural que el donatario se subrogue en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante, puesto que con la transferencia de la cosa donada, queda aquel en el lugar y caso en que colocada estaba la persona de quien la misma procede. Así como es muy lógico que el do-

nante, desde el momento en que transfiere la cosa donada no quede obligado al saneamiento de la misma, puesto que con la transferencia gratuita concluyen todas las obligaciones del donador; mas si la donación perdiese su carácter de pureza y fuere de las que malamente se llaman onerosas, entonces ya está obligado el donante, como el vendedor de la cosa, en un contrato á la evicción y saneamiento del objeto del derecho sobre que versa, tan sólo hasta la concurrencia del gravamen, es decir, por la parte de valor que relativamente al precio en venta de la misma hubiere sido abonado el donante por el donatario: esto se comprende perfectamente, porque el donante al dar graciosamente una cosa, no contrae más obligación que la de entregar la misma cosa donada, ni adquiere otro derecho que el de conocer la simple aceptación del donatario, y no teniendo derecho alguno ya sobre la cosa transferida, tampoco pueden incumbirle los deberes que con relación á la misma tuviere cuando en su poder estaba.

El artículo que comentamos, se halla en perfecta relación con lo que acerca del saneamiento prescriben los arts. 1474 y 1475 de este mismo Código, en los que se determina que en virtud del saneamiento á que se refiere el artículo 1461, del mismo Código, el vendedor responde al comprador: 1.°, de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida; 2.°, de los vicios ó defectos ocultos que tuviere. Y la evicción tendrá lugar cuando se prive al comprador por sentencia firme, y en virtud de un derecho anterior, á la compra de todo ó parte de aquel derecho, respondiendo el vendedor de dicha evicción aún cuando no se hubiera expresado en el contrato. De manera, que como el donante al transferir al donatario la cosa donada le pone en posesión legal y pacífica de dicha cosa por medio de la tradición, ya ha cumplido todas sus obligaciones respecto del donatario, y por lo tanto ningún otro le queda que cumplir ni mucho menos queda obligado al saneamiento en caso de evicción, por cuanto aun cuando por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior á la donación, se prive al donatario del todo ó parte de la cosa donada, como ésta graciosamente les había sido transferida y sin emolumento de ningún género, no puede obligar tal acto al donante á que responda de tal evicción, por cuanto ésta debe tener lugar exclusivamente cuando el obligado á prestarla ha obtenido algún lucro.

El Proyecto de 1851, en su art. 956, y el Proyecto de 1882, en su art. 637, proponían preceptos análogos en la esencia al que nos ocupa, si bien en el primer proyecto se declaraba obligado á la evicción ó saneamiento el donante únicamente cuando así lo hubiere estipulado, mientras el segundo les impone esa obligación en las donaciones onerosas hasta donde alcance el gravamen aunque para ello no hubiere pacto expreso. Por esto no altera la esencia de las cosas, ni da á entender, como algunos suponen, que haya contradicción entre uno y otro proyecto, pues el primero se refería á las donaciones puras, ó sea á los verdaderos actos de liberalidad; y el segundo, sentando la misma

regla general de no quedar obligado al saneamiento de las cosas donadas en cuanto á las verdaderas donaciones, sienta también la excepción en cuanto á las donaciones con cargas impuestas por el donante, ó sea las llamadas donaciones onerosas, y aun en éstas hasta donde alcance el gravamen, por cuanto si la imposición de esas cargas implica una renumeración implícita, es indudable que por cuanto el donante lucró al dejar de satisfacer aquellas cargas que impuso al donatario, responda del saneamiento de las cosas donadas en compensación á dicho lucro, y tan sólo en cuanto á éste alcance.

Concordancias vemos en varios Códigos extranjeros, si bien unos se deciden por las teorías que propuso como mejores nuestro primer Proyecto de Código, ó sea por la obligación del saneamiento exclusivamente en caso del pacto expreso, como sucede en los Códigos de Portugal, art. 1468; en el de México, art. 2740 y 2741; en el de la Baja California, art. 2622 y 2623, y en el de Campeche arts. 2710 y 2711; y aun en estos tres últimos se establece una excepción, que es la relativa á los bienes que se llevan en dote, pues todo el que la constituya queda obligado á la evicción de los bienes que entrañase dicha dote, salvo convenio en contrario.

Análogos preceptos al nuestro encontramos en el art. 1711 del Código de Holanda, en el art. 945 del Código de Austria, por más que en éste se haga responsable el donante cuando á sabiendas, cosas agenas donare; el art. 1083 del Código de Prusia, el art. 1077 del Código de Italia que terminantemente expresa que «el donante no estará obligado á darle garantía al donatario para la evicción que éste pueda experimentar de las cosas donadas.»

Dejará sin embargo de ser aplicable esta regla, además del caso expresado en el art. 1396 del referido Código, ó sea los que constituyan una dote que siempre estarán obligados á garantir los bienes asignados á la misma:

1.° Cuando el donante haya prometido expresamente la garantía;

2.° Cuando la evicción se funde en el dolo ó en el hecho personal del donante;

3.° Cuando se trate de donación que imponga cargas al donatario; en este caso se deberá la garantía solamente hasta la concurrencia del importe de las cargas.

Y esto, que tan terminantemente preceptúa dicho Código de Italia, se vé ordenado en la mayor parte de los Códigos de los pueblos en que más domina el estudio de la ciencia del derecho.

En el art. 1329 del Código de Veracruz-Llave, se previene que el donador no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas si no hubiere prestado expresamente la evicción; pero el donatario se subroga en todos los derechos y acciones, que en caso de evicción pertenecerían al donador.

El Código de la República Argentina sienta como regla general en su artículo 1835, que el donante no es responsable por la evicción y vicios redhibi-



torios de la cosa donada, sino en los casos determinados en los títulos de la evicción y de los vicios redhibitorios. Lo cual quiere decir que solo existe esa responsabilidad en las donaciones con carga ú onerosas, que más bien son contratos que verdaderas donaciones.

Análogos preceptos vemos en los arts. 1422 y 1423 del Código de Chile, en el 1590 del Código de Uruguay y otros varios; debiendo hacerse presente que por regla general, la responsabilidad del saneamiento solo tiene lugar en los contratos onerosos, que la mayoría de los Códigos parten del supuesto, de que el donatario queda subrogado en todos los derechos del donante, y que á pesar de lo expuesto, si el donante prometió una cosa genérica y esta sale cierta, procede el saneamiento de la misma manera que sucede respecto del legado incierto, no obstante ser verdadero título lucrativo, según se ordenaba en la Ley 58, tít. 2.º, lib. 21 del Digesto.

Art. 639. Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de los bienes donados, ó de alguna cantidad con cargo á ellos; pero, si muriese sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes ó la cantidad que se hubiese reservado.

Difícil parece á primera vista la interpretación del artículo que acaba de transcribirse, más á poco que se medite sobre su redacción, ha de comprenderse bien pronto que ni contrarían para nada las prescripciones que el mismo comprende, las consignadas en los Códigos Mexicano, de Baja California y Campeche, ni puede encontrarse en nuestra humilde opinión fundamento alguno sólido para combatir la teoría desenvuelta en el artículo que nos ocupa; y para ello no hay más que leer bien dicho artículo y entender bien su redacción: *Podrá*, dice, *reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, ó alguna cantidad con cargo á ellos.* Sin pasar más adelante y analizando con buen sentido este primer período del art. 639 que de nuestro Código comentamos, no podremos menos de ver que aquí se trata de una facultad discrecional que el donante tiene de reservarse ó nó algo de lo ya donado, trátese de donación universal, (en la cual es forzosa la reserva de lo necesario para la subsistencia decorosa del donador y su familia), trátese de una donación especial ó de cosa determinada que es la que puede hacerse á todo evento, que es en la que se transfiere la cosa en su totalidad; y esa facultad de reservarse recae sobre lo ya donado, sobre aquello en que no solo ha mediado la aceptación necesaria para que la donación se perfeccione, sino de aquello en que se ha realizado la tradicción, bien material, bien simbólica, haciendo que de esta manera quedase consumada la donación: por lo tanto, lo que aquí se vé bien claro, es que una donación consumada se reserva el donan-

te, no precisamente una parte de aquella cosa donada, sino el derecho de disponer de una parte alícuota de la misma ó de cargarla con una obligación, con el impuesto de una cantidad ó con cualquiera otra condición ya indicada antes de que el donatario acepte la donación: de modo, que el donatario al aceptar lo hace bajo el supuesto de correr un albur, lo hace bajo una eventualidad de que en aquello donado sufra un día por la voluntad expresa del donante, una desmembración de lo que se le indicó por aquel al manifestarle su espontánea voluntad de transferirle la cosa donada, ó de sufrir una carga ó un impuesto. Así es que bajo este supuesto, como ya el donatario ha venido disfrutando de la cosa donada en su integridad, si como dice perfectamente el segundo párrafo del expresado artículo que comentamos, muriese aquel donante sin haber hecho uso de aquel derecho, de aquella facultad, no podrá rescindirse ó anularse la donación en una pequeña parte de lo que la constituyó por una mala interpretación de la voluntad del donante, sino que por el contrario, permanecerá el donatario en el dominio de todo lo donado con inclusión de aquello que pudiera haberse reservado el donante y de que no dispuso á pesar de la reserva.

Ningún precedente vemos en nuestro derecho histórico, pues los que algunos citan como tales, tanto de la Ley 26, tít. 37, lib. 6.° del Código Romano, como de la Ley 7.ª, tít. 4.°, Partida 5.ª, se refieren á cosa muy diferente, cual es la donación hasta cierto día, después del cual, las cosas donadas vuelven naturalmente al donante ó á sus herederos.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 957, es el que verdaderamente introdujo esta novedad en nuestro derecho, proponiendo un precepto, del cual está tomado el art. 638 del Proyecto de 1882, y que transcrito queda literalmente en el art. 639 que de nuestro Código comentamos,

Varios Códigos extranjeros se ocupan del mismo particular que el nuestro, aunque no todos lo hacen en el mismo sentido, pues siguiendo algunos la absurda teoría sostenida en el Código Francés, llevada á la exageración por muchos, sustentan la idea de que en el caso de que el donante se haya reservado la libertad de disponer de un efecto comprendido en la donación, ó de una cantidad fija sobre los muebles donados, si muere sin haber dispuesto de ellos, aquel efecto ó suma pertenecerá á los herederos del donante, á pesar de las cláusulas y convenios hechos en contrario. Esto que se encuentra determinado en el art. 946 de dicho Código Francés, se ve copiado en el art. 1069 del Código Italiano, y en el 946 del Código Belga principalmente, así como en algunos otros entre los cuales encontramos el art. 1708 del Código de Holanda, el art. 600 del Código de Vaud, el art. 1518 del Código de Luisiana, el 1464 del de Portugal, y el 1588 del de Uruguay, en los que se sustentan principios parecidos á los que entraña el citado artículo del Código Francés; pero el Código de Campeche, el de la Baja California, el de México, y el de Veracruz-Llave

no están conformes con tal doctrina, por más que algunos publicistas sostengan lo contrario, pues el Código de Campeche en su art. 2734 nos dice: «Si el que no tiene herederos forzosos hace donación general de todos sus bienes por causa de muerte y se reserva algunos para testar, sin otra declaración, se entenderá reservada la tercera parte de los bienes donados;» que es lo mismo que dice el art. 2616 del Código de la Baja California, y el 2734 del Código de México. Viene después el art. 2735 del citado Código de Campeche, á preceptuar que si el donante dispone de su tercia legal, en la forma antedicha, se entenderá reservada la tercera parte de aquélla; y exactamente igual precepto encontramos en el art. 2617 del Código de la Baja California, y en el 2735 del Código de México. Más, á continuación leemos el art. 2736 del repetido Código de Campeche, y en él se preceptúa que: «Si el donante muriese sin disponer de los bienes que se haya reservado, y estos se encontraren en su poder, le sucederán en ellos sus herederos legítimos, y á falta de éstos el donatario. En este caso no sucederá el Fisco;» y como los mismos preceptos vemos consignados en el artículo 2618 del Código de la Baja California, y en el art. 2736 del Código de México, deducimos que los Códigos americanos conceptúan que en las donaciones generales ha de haber una reserva; que si esta reserva se hace en donaciones por causa de muerte, y no se determina su extensión, ha de entenderse que consiste en la tercera parte de los bienes donados; y que si dispone desde luego de esa tercia legal el donante, se entiende reservada la tercera parte de la misma. Pero están conformes los tres Códigos citados en que si el donante muere sin disponer de lo que se hubiese reservado, pueden suceder dos casos, uno, el de que la parte aquella reservada de la donación se encontrare en poder del donante; y otro, el de que hubiera pasado ya la cosa donada al donatario en virtud de la tradición que lleva consigo la donación, y que hubiera estado por consiguiente disfrutando el donatario de la cosa donada, sin perjuicio de que por virtud de aquella reserva, disponga ó no cuando le plazca de la parte reservada ó de la condición aleatoria indicada al efectuar la donación. De manera que, si la cosa objeto de la donación ha sido transferida, como ordinariamente sucede en todo acto de liberalidad de este genero, y el donante no dispone durante su vida de aquello que se reservó disponer, el donatario no pierde por la muerte de aquel la cosa donada en su integridad ni en la parte á que la reserva se refería de poder ó no disponer, pues al no usar de la facultad que el donante se reservó implícitamente, se da á entender que no se quiso desmembrar la cosa donada ni aminorar en parte alguna la donación; y como esta reserva de disponer es personalísima, se extingue con la vida del hombre que la tenía, y al morir así no pueden suceder en ella los herederos del donante.

El otro caso que implícitamente los Códigos antes indicados admiten, es el de que los bienes en que se ha reservado el donante la facultad de disponer ó no, se encontraren en su poder, pues entonces le sucederán en ellos sus here-



deros legitimos, y á falta de éstos el donatario; lo cual quiere decir que, cuando una parte de los bienes donados no se haya transferido al donatario, permanezca en poder del donante, y esta parte sea precisamente sobre la que se haya reservado el derecho de disponer, entonces, aún cuando no haya dispuesto á su fallecimiento, pasa por sucesión intestada á sus herederos legitimos, y si no los tuviere, al donatario en lugar de ir al Fisco; y siempre que, como ordenan los arts. 2737 del Código de Campeche y el de México y el 2619 del de la Baja California, no se hubiera manifestado en contra la voluntad del donante.

Se ve en primer término que la tendencia de todas estas disposiciones, es la de aclarar la situación de las cosas y del donante y donatario en relación con los herederos del primero: que estas disposiciones se refieren más bien á las donaciones universales que á las particulares: que aún hecha reserva de disponer de parte de los bienes donados, sólo cuando los que fueron objeto de esa reserva se encuentran en poder del donante á su fallecimiento, pasan á sus herederos legitimos: y que lejos de seguir el sistema cohibitorio del Código Francés, los pactos ó la demostración de la voluntad del donante expresada en la escritura de donación, están por encima de las disposiciones legales antes indicadas, y á ellas se atienen en cuanto se refieren á los bienes objeto de la reserva de disponer ó no disponer que aquél hubiera hecho.

El Código de Veracruz Llave en su art. 1330 consigna un precepto que es en su fondo igual al art. 639 que de nuestro Código comentamos, pues dice así: «Podrá reservarse el donador la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, ó de alguna cantidad sobre ellos; pero si muriere sin haber dispuesto, pertenecerán al donatario los bienes y cantidad reservados».

Art. 640. Tambien se podrá donar la propiedad á una persona y el usufructo á otra ú otras, con la limitación establecida en el art. 781 de este Código.

Nada tiene de particular lo que en el precepto del artículo que acaba de consignarse se prescribe, pues se ve inmediatamente la tendencia del expresado articulo que no es otra que la de precisar no sólo que la donación pueda hacerse de la plena propiedad, sino que puede realizarse transfiriendo á uno el dominio directo de la cosa, y á otro el dominio útil de la misma; pero para evitar las vinculaciones, asi como al tratarse de las sustituciones *fideico* comisarias en virtud de las que se encarga al heredero que conserve y transmita a una tercera persona el todo ó la parte de una herencia, siempre que no pase del segundo grado ó se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, de la misma manera la ley faculta si, para dar á uno la nuda propiedad y reservar para una ó varias personas el usufructo de la cosa donada, pero con la limitación de que no pase del segundo grado y que las

personas á cuyo favor se transfiere el usufructo vivan al tiempo de hacer la donación: así es que este artículo casi no necesita comentario porque sus principios esenciales están tan fuera de toda duda, que se comprenden perfectamente con su simple lectura, mucho más si se tiene en cuenta lo que acerca de la propiedad y del usufructo prescriben los arts. 348 y 467 de este mismo Código.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 558, y el Proyecto de 1882 en su art. 639 propusieron preceptos exactamente iguales al que ahora nos ocupa, y vemos perfectas concordancias con dicha prescripción en el art. 949 del Código de Francia, en el 1074 del de Italia, 949 del de Bélgica, 601 del de Vaud, 1706 del de Holanda, 1587 del de Uruguay, 2738 del de Campeche, 2620 del de la Baja California, 2738 del Código de México, 1331 del Código de Veracruz-Llave, 873 del Código de Nápoles, 1801 del Código de la República Argentina y otros que están conformes con el nuestro, no solo en su esencia sino en su redacción.

Art. 641. Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquiera caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación.

Son en ciertas localidades de nuestra pátria bastante frecuentes los pactos de reversión en las donaciones, y como de ellas se ha abusado en extremo, por esto el legislador ha creido conveniente dictar el artículo que nos ocupa.

Se establece como regla general la validez de la reversión en favor del donante, subordinándola á cualquiera de los múltiples acontecimientos á que muchas veces se la quiere someter; y al objeto de que en los países donde rancias costumbres se conservan y gran tendencia existe á la conservación de las vinculaciones, ya sea por medio directo, ya indirectamente, y conculcando siempre la legislación vigente, el Código, después de conceder en esa regla general la reversión únicamente en favor del donador, la prohibe cuando se quiere establecer en favor de otras personas, si no se constituye con las limitaciones y para los contados casos que este mismo Código determina con relación á las sustituciones testamentarias.

Así es que el artículo que comentamos tiene perfecta relación con las prescripciones que los arts. 774 al 789 de este mismo Código entrañan, y á las mismas hemos de referirnos para cuanto concierna á la reversión de donaciones hechas con tal pacto. Por ello es nula toda reversión estipulada por el donante en favor de una tercera persona, si no se acomoda á lo prevenido en di-



chas disposiciones; pero esa nulidad se circunscribe tan sólo á la reversión, quedando subsistente la donación.

Se encuentran precedentes en las Leyes 2.ª y 3.ª del Código Romano de Donat, y en la Ley 7.ª, tit. 4.º, Partida 5.ª.

En el Proyecto de 1851 se prevenia en su art. 959 lo mismo que preceptúa el primer apartado del artículo que comentamos, y luego el Proyecto de 1882 en su art. 640, vino á adicionar la segunda parte, ó sea el segundo apartado del artículo que nos ocupa.

Concordancias con tal precepto vemos en el art. 551 del Código de Francia, en que se preceptúa que el donante podra estipular el derecho de reversión de las cosas donadas, ya sea por haber muerto antes el donatario sólo, ó éste y sus descendientes; pero este derecho no puede estipularse mas que en beneficio exclusivo del donante. Y relacionado con varios otros artículos del mismo Código, el citado como concordante del nuestro, vemos decisiones varias fundadas en tales preceptos, entre las que se encuentran las de 22 de Junio de 1812, de 30 de Marzo de 1829 y 8 Junio de 1836, en las que se conceptúa como una comisión fideicomisaria prohibida la estipulación del derecho de reversión inserta dentro de una donación entre vivos, en provecho de un tercero, sin que el donante haya estipulado dicha reversion en favor suyo; y cuando el donador estipulase el derecho de reversión para sí y sus herederos, la cláusula de reversión á estos debe tenerse por no escrita.

Concuerda también nuestro art. 641 con el 1071 del Código de Italia, el 1332 del Código de Veracruz-Llave, el 1709 del Código de Holanda, el 1589 del de Urugüay, los arts. 1473 y 1474 del de Portugal, el 1521 del de Luisiana, el 1841 del de la Repúbliça Argentina, y el 951 del Código de Bélgica; debiendo hacer presente que el artículo citado del Código de Veracruz-Llave es idéntico al párrafo 1.º de nuestro art. 641.

Art. 642. Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado á pagar las que apareciesen contraídas antes.

Es lógico que el donatario que acepta una donación obligándose á pagar las deudas del donante, no se comprometa á más pago que el de las deudas contraidas anteriormente á la donación; pues lo contrario seria sujetarse á una eventualidad de las que habian de producir una série de cargas indeterminadas, que por muy buena fé que hubiera en el donante, habrian de llevarle hasta la ruina, si se entendia no sólamente obligado al pago de las deudas ya contraidas sino de las que se contrajesen en lo sucesivo.

Análogos preceptos encontramos en el art. 1420 del Código de Chile, en el 1611 del de Uruguay, en el 1469 del de Portugal, en el 945 del de Francia, en

el 1067 del de Italia, en el 945 del de Bélgica, en el 2742 del Código de Campeche, en el 2624 del Código de la Baja California, en el 2742 del Código de México y otros. Es igual nuestro art. 642 al 641 del Proyecto de Código de 1882 y á los demás de los Códigos antes citados, en lo esencial.

Art. 643. No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores.

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella.

Lugar á dudas puede dar el precepto de este articulo, por cuanto no es fácil puntualizar siempre cuando la donación se hace en fraude de los acreedores, ni mucho menos si el donatario tiene conocimiento de los acreedores del donante; pero cuando tal fraude se descubra, no solo debe ser responsable civilmente el donatario de las deudas del donante, sino que cuantos hayan intervenido en el fraude, deben sufrir la pena que para los defraudadores señala el Código penal.

La presunción establecida en el segundo apartado del artículo que comentamos es lógica por demás, y cuando el donador no se reserve lo necesario para pagar las deudas anteriores á la donación, debe suponerse ésta fraudulenta.

El Proyecto de 1882 en su art. 642 propuso que el donatario solo es responsable de las deudas del donador cuando la donación comprendiése todos los bienes del donante, y sólo hasta donde estos bienes alcanzuran, sino había algún pacto expreso en contra; pero nosotros creemos más correcto y explicito el precepto del art. 643 que de nuestro Código comentamos.

Concordancias tales guardan con dichas prescripciones las contenidas en el art. 1470 del Código de Portugal, que parecen copiados el uno del otro, y análogos principios se encuentran en los arts. 1417 al 1421 del Código de Chile: pero el Código de Campeche en sus arts. 2743 y 2745, el Código de la Baja California en sus arts. 2625 al 2627 y el de México en los arts. 2743 y 2745 son los que más detalladamente determinan cuanto sobre estas materias puede apetecerse en cuanto al derecho permanente: así dicen los referidos Códigos:

«Si la donación fuere de ciertos y determinados bienes, el donatario no responderá de las deudas del donante sino cuando sobre los bienes donados estuviere constituida alguna hipoteca, ó en caso de fraude en perjuicio de los acreedores»:

«Si la donación fuera de todos los bienes, el donatario será responsable de

todas las deudas del donante anteriormente contraídas; pero sólo hasta la cantidad concurrente con los bienes donados».

Lo dispuesto en los anteriores artículos, se observará cuando sobre ese punto no hubiera declaración expresa del donante aceptada por el donatario.

CAPITULO IV

De la revocación y reducción de las donaciones

Art. 644. Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, queda revocada por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1.° Que el donante tenga, después de la donación, hijos legítimos ó legitimados, ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos.

2.° Que resulte vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

A pesar de lo expuesto por algunos publicistas y de que en algunos Códigos, como en el de la Baja California, México y Campeche, se preceptúa que la donación es irrevocable desde que el donatario la acepta y se hace saber la aceptación al donador (art. 2721, 2603 y 2721 respectivamente) vemos sentado el principio de la revocabilidad y la reducción de las donaciones en el Código Español, según algunos autores como teoría general, según nosotros como verdadera excepción; y tan es firme nuestra opinión, que hasta los mismos que sostienen que son revocables y reducibles las donaciones á pesar de que en general se perfeccionan por la aceptacion y producen la trasmisión del dominio de los bienes donados sin necesidad de tradición, vienen á demostrar que no hay tal regla general con sus mismas palabras, puesto que expresan clara y terminantemente que, según todas las legislaciones antiguas y modernas han decidido, en ciertos casos las donaciones se revocan, bien por el Ministerio de la Ley, bien á instancia de parte; y en otros casos las donaciones que subsisten sufren sus reducciones.

Pues bien el querer sostener la revocabilidad y reducción de las donaciones como regla general es el mayor de los absurdos, y es más utópica esta teoria cuando se sostiene por los mismos que han sustentado la idea de que las donaciones entre vivos son puramente unos contratos y no pueden ni deben tratarse separadamente de estos como actos de liberalidad independiente de los mismos y sin sujetarse al rigorismo y régimen de aquellas: pues si efectiva-

mente la donación entre vivos no fuése más que un contrato y sólo á lo establecido para estos debiéramos atender al ocuparnos de dichas donaciones, éstas, ni aún por excepción, serian revocables ni reducibles.

Como principio, como regla, no puede admitirse la revocación y reducción de las donaciones que una vez aceptadas se perfeccionan y para cuya consumación no necesitan la tradicción material, pues basta aceptarlas para que la transmisión del dominio de los bienes donados se realice; como excepción la admiten todos los Códigos en casos determinados por los mismos, que podrán variar más ó menos en la forma, pero que en la esencia muestran identidad palmaria.

No estamos conformes con lo expuesto por el Sr. Falcón en cuanto asegura que toda donación lleva en si misma alguna condición resolutoria, bien sea esplicita, bien sea implicita de cuyo cumplimiento depende su eficacia. Negamos tal aserto, porque en el derecho se conocen las donaciones puras, los actos de verdadera liberalidad y en éstas jamás existe condición alguna explicita ni implicita: no hay más en ellas que la manifestación de la expontánea voluntad del donante y la libre expresión de la voluntad del donatario al aceptarla: en confluyendo estas dos voluntades, en estableciéndose la relación jurídica del donante y donatario, en cuanto á la transferencia gratuita por el primero al segundo de una cosa y la aceptación, adición ó tradición de la cosa por éste, la donación existe perfeccionada y consumada sin que nada más se necesite para ello. No necesitamos, hemos de repetir, más que tres términos para la existencia de la donación; dos de ellos relativos á la convención entre dos voluntades, ó sea la del donante que dá y la del donatario que acepta; el otro término es la cosa objeto de la donación: existiendo estos tres factores, el resultado, la suma de ellos, es la donación perfecta y consumada. Por consiguiente, en las donaciones simples, en las donaciones puras no necesitamos para nada esas condiciones resolutorias que el Sr. Falcón atribuye esencialmente á toda donación, y de cuyo falso supuesto parte para sentar como principio general é inconcuso la teoria de la revocabilidad y reducción de las donaciones que presenta en su fantasmagórica imaginación como los actos más elocuentes de vigorosa y universal justicia.

Y que es excepción lo viene á demostrar la misma redacción de nuestro Código: el art. 644 que de éste comentamos no se refiere á donaciones condicionales, sino á donaciones puras, y consigna taxativamente los casos en que esa donación queda revocada por la supertenencia de hijos legitimos ó legitimados ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos, y cuando resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donacion. Y esto se comprende perfectamente; la persona que no tiene hijos, que no tiene vinculos de familia en la sociedad, que posee una fortuna con la cual puede holgadamente vivir, y puede sostener un lujo que teniendo familia no lo sosten-

dria, busca en los vínculos de la amistad ó en el socorro de la desgracia un reconocimiento moral al propio tiempo que la satisfacción de comunicar sus dones á la persona que conceptúa acreedora de mejorarla de posición ó de elevarla hasta su rango; mas si esta persona, que, por un acto de liberalidad enriquece á un amigo cuando se encuentra sin obligaciones que cumplir llegare á tener hijos, no podría sostenerse tal donación, porque de suponer es que si en la época en que realizó la donación hubiera tenido familia, hubiera tenido hijos á quien atender, no hubiese ejercido aquel acto de liberalidad traspasando una parte de sus bienes que más lógico es vayan á formar parte del patrimonio de sus hijos; y como esos bienes traspasados á un extraño cuando no tenía descendientes pueden y deben ser el elemento necesario para sustentar su prole, de aquí el que el Código con la mayor sabiduría y previsión haya venido á sentar la revocabilidad de la donación como una de tantas excepciones para el caso que entraña el número primero del art. 644 que nos ocupa.

El segundo número ó caso del precitado artículo es también justo y por demás equitativo si se trata en él de subsanar una equivocación, de salvar un error: un padre desolado por la pérdida de un hijo calcula en su aflicción que todo le sobra, y conceptuándose solo en el mundo, después de llorar su pérdida mide su fortuna y dice: me reservo lo necesario para vivir modestamente y hago una donación de importancia á un sér infeliz que quiero ocupe el lugar de mi hijo en la participación de mis bienes: y hecha esta donación bajo tales auspicios resulta incierta la muerte de aquel hijo llorado que sorprende á su padre cuando menos podía figurarse, produciéndose en ambos el efecto que cualquier persona bien nacida puede comprender. ¿No es lógico, no es equitativo, no es justo que aquella donación á la que contribuyó un supuesto acontecimiento tan importante para la familia, sea revocada? Nadie podrá contestar negativamente. Esto, pues, significa el precepto del segundo número del artículo que comentamos, que no sólo es fundamental y justo porque enmienda un error, sino porque salva el perjuicio que podría irrogarse al que como sucesor de su padre tenía derecho á los bienes donados.

El Proyecto de Código 1851 en su art. 960, proponía que el nacimiento posterior de un hijo legítimo, aunque fuese póstumo, si nacía viable con arreglo á la ley, rescindía la donación, y, para que fuese revocada ésta por el nacimiento de un hijo ilegítimo con iguales circunstancias, era necesario que este hijo se legitimase, sin que se extendiera como nuestro Código á los naturales reconocidos; mas el Proyecto de 1882 en su art. 643 ya proponía que se revocase la donación por el nacimiento de un hijo, fuese legítimo ó ilegitimado reconocido, ya nacido, ya póstumo, con tal que naciese en condiciones de viabilidad: y se extendió también dicho Proyecto á la revocación por aparecer un hijo que el donante al verificar la donación supusiera fallecido; viniendo al presente el Código que comentamos á preceptuar lo que consignado queda, sin

que sea necesario ocuparse más de la clase de hijos á que se refiere, pues demasiado conocido es que cierta clase de ilegitimidad que da á los hijos los nombres de adulterinos, sacrílegos, incestuosos, mánceres, no pueden entrar en el número de los que el caso primero del expresado artículo designa, porque ni pueden ser legitimados, ni su reconocimiento, á ser autorizado por la ley, produciría otra cosa que el escándalo y vilipendio.

Precedentes encontramos lo mismo en el derecho romano que en la Ley de Partida, pues basta leer la Ley 8.ª, tít. 56, lib. 8.° del Código Justinianeo de *revocandis donationibus*, la Ley 5.ª, tít. 29, lib. 3.° *Cad. de inof. donat.*, y la Ley 8.ª, tít. 4.°, Part. 5.ª, para convencerse de que no es nada nueva en nuestro derecho esta teoría, pues en tales precedentes se ve que, al que habiendo invertido su caudal en donaciones, le sobrevienen hijos, le es permitido revocarlas hasta obtener lo necesario para completar la legítima de los hijos nacidos con posterioridad á aquella donación.

Concordancias se encuentran en el art. 960 del Código de Francia que preceptúa que las donaciones entre vivos, hechas por personas que no tuvieren hijos ó descendientes vivos en el momento de hacer la donación, cualquiera que sea su valor ó el motivo y título con que fueron hechas, aunque fuesen mutuas ó remuneratorias, hayan ó no sido hechas en favor de matrimonio, bien por los ascendientes á los cónyuges ó por uno de estos al otro, quedarán revocadas *ipso jure* por sobrevenir un hijo legítimo del donante, aunque sea póstumo, ó por legitimación por subsiguiente matrimonio de un hijo natural nacido después de la donación: cuyo precepto se relaciona con los comprendidos en los arts. 331, 966 y 196 del mismo Código, al tenor de los cuales se dictaron varias sentencias por el Tribunal de Casación francés en 30 Junio de 1842, 2 Febrero de 1852 y 11 Mayo 1857.

En el Código Italiano vemos también concordancias, pues sus arts. 1078 y 1083 se ocupan de las excepciones á la regla de irrevocabilidad de las donaciones entre vivos, señalando los casos de condición resolutoria, ingratitud y supervenencia de hijos, ordenando que las donaciones hechas por personas que no tuvieren hijos ó descendientes legítimos vivos al tiempo de la donación, podían revocarse por sobrevenir un hijo legítimo al donante, aunque sea póstumo, si naciese vivo ó viable, ó por legitimación de un hijo natural por subsiguiente matrimonio cuando haya nacido después de la donación; teniendo lugar también esta revocación, aunque se trate de donaciones recíprocas: y análogas prescripciones encontramos en los arts. 1482 y 1483 del Código de Portugal, si bien excluye de la revocación las donaciones hechas por causa de matrimonio; el 1592 del Código de Uruguay que sólo revoca la donación por supervivencia de hijos cuando así se ha estipulado al realizar tal acto de liberalidad; el art. 609 del Código de Vaud, el 1556 de Luisiana, el 885 del de Nápoles, el 960 del de Bélgica, los arts. 229 y 230 del Código de Guatemala; si bien en

este se sostiene la donación á pesar de la supervivencia de hijos, cuando no excede del sextuplo del caudal; como los arts. 2753 y 2754 del Código de Campeche, los artículos 2634 y 2696 del Código de la Baja California, 2753 y 2754 del Código de México, y 1983 del Código de Veracruz-Llave; mientras que el Código de la República Argentina en su art. 1868, el Código de Chile en su art. 1424 y el Holandés, no admiten la revocación de las donaciones por supernacencia de hijos al donante, después de realizadas aquellas, si expresamente no estuviese estipulada tal condición.

Art. 645. Rescindida la donación por la superveniencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, ó su valor si el donatario los hubiese vendido.

Si se hallaren hipotecados, podrá el donante librar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho á reclamar del donatario.

Cuando los bienes no pudieren ser restituídos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación.

Consecuencia es del artículo anterior la prescripción del que nos ocupa, por más que su realización no sea fácil en algunos casos; pues cuando el donatario hubiere enagenado los bienes donados, si quedara insolvente no fuera fácil que el donante se reintegrase del valor de lo donado. Es más, hasta podria perjudicar en tal concepto la donación al donatario, porque creyéndose éste dueño á perpetuidad de lo que se le donó, la restitución de su valor podria colocarle en una situación angustiosa, siéndole necesario desmembrar para ello el capital que de sus antecesores conservaba.

Más difícil es todavía la ejecución de lo que preceptúa el segundo apartado del artículo que comentamos, el cual no se halla muy en armonía con lo que previene el art. 38 de la Ley Hipotecaria, en el que se prescribe que las donaciones no se rescinden en perjuicio de tercero que tenga inscrito su derecho, debido à lo cual sin duda el Código da al donante, la facultad de liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice y reservándose el derecho á reclamar la del donatario.

En cuanto al párrafo último del artículo que nos ocupa, es natural y justo que la apreciación de la cosa donada se haga por lo que valia al tiempo de realizar la donación, pues de lo contrario perjudicaría al donante y al donatario; al primero si había desmejorado la cosa donada, y al segundo si habia hecho en ella gastos extraordinarios que la habian mejorado notablemente.

Tiene sus precedentes el precepto de este artículo en la segunda parte de la Ley 8.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª, y muchos les ven también en la Ley 7.ª, tit. 56, lib. 8.º del Código Romano.

El Proyecto de Código civil de 1851 en su art. 961, y el Proyecto de 1882 en su art. 644, propusieron preceptos que, aunque tienen cierta analogia con el nuestro, difieren algún tanto entre ellos y del mismo artículo que comentamos, pues mientras en uno se preceptúa que por el nacimiento de un hijo legítimo ó legitimado, los bienes donados se devolverán al donador, quedando nulas las enagenaciones que hubiere hecho, ó hipotecas que sobre ellos hubiere constituido el donatario, desconociendo así derechos que el Código deja á salvo; el Proyecto de 1882, proponia, que, si los bienes se hallaren hipotecados, subsistiria la hipoteca, pero podria ser cancelada por el donante, con derecho á repetir contra el donatario los gastos hechos por su causa. Y la Ley Hipotecaria, de la que ya hemos hecho mención, después de consignar en art. 36 que las acciones recisorias y resolutorias no se darán contra tercera persona que haya inscrito los títulos de sus derechos, viene á disponer en su art. 38, que, como consecuencia de lo determinado en el art. 36 de la misma, no se anulan los contratos ni se rescinden en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas que alli enumera, entre las que se encuentra en primer término la revocación de las donaciones en los casos permitidos por la ley, á excepción hecha de la falta de cuplimiento por el donatario de las condiciones impuestas en el Registro de la propiedad.

Encontramos concordantes con el art. 645 que de nuestro Código comentamos en el 963 del Código Francés, en los arts. 1088 y 1089 del de Italia y 963 del de Bélgica que está copiado del Francés; en el art. 1559 del Código de Luisiana, el 612 del de Vaud, en los arts. 2755 al 2757 del Código de México, 2637 al 2639 de la Baja California, y 2755 al 2757 del de Campeche; en los arts. 1484 de Portugal, en el 1699 del de Uruguay; y el 1334 del Código de Véracruz-Llave, prescribiéndose en éste último que, revocada la donación, los bienes donados volverán al donador, quedando en las enagenaciones que hubiere hecho, ó hipotecas que sobre ellos hubiere constituido el donatario; mientras los Códigos de Francia y Bélgica antes citados previenen que los bienes comprendidos en la donación revocada *ipso jure*, volverán al patrimonio del donante, libres de toda carga ó hipoteca impuesta por el donatario, sin que puedan quedar afectos, ni aún subsidiariamente á la restitución de la dote de la esposa del donatario, sus derechos de reversión ú otras estipulaciones matrimoniales, lo cual se observará aun cuando haya sido hecha la donación en favor del matrimonio del donatario, y se haya hecho constar en el contrato, y que el donante se obligará como fiador al cumplimiento de las capitulaciones matrimoniales; con cuyo précepto no están muy conformes los comprendidos en los artículos citados del Código de Italia, pues previenen que la revocación por ingratitud ó por sobrevenir descendencia no perjudicará á terceros que hayan adquirido derechos sobre los inmuebles anteriormente á la transcripción de la demanda, si bien, revocada la donación, deberá el donatario devolver el valor de la cosa ven-



dida con relación al tiempo de la demanda y lo mismo los frutos desde el día de ésta.

Los Códigos que más convienen con el nuestro en esta materia son: el de Portugal, el de México, el de la Baja California y el de Campeche, los cuales, sobre todo éstos tres últimos, en sus artículos antes citados previenen que, rescindida la donación por superveniencia de hijos, serán restituidos al donante los bienes donados, ó su valor, si han sido enagenados antes del nacimiento: que si el donatario hubiese hipotecado los bienes donados, subsistirá la hipoteca; pero tendrá derecho el donante de exigir que aquél la redima: y que cuando los bienes no puedan ser restituidos en especie, el valor exigible será el que tenían aquellos al tiempo de la donación.

Art. 646. La acción de revocación por superveniencia de hijos prescribe por el transcurso de cinco años contados desde el nacimiento del último hijo, ó desde la legitimación ó reconocimiento, ó desde que se tuvo noticia de la existencia del que se creía muerto.

Esta acción es irrenunciable, y se transmite, por muerte del donante, á los hijos y sus descendientes legítimos.

Dos preceptos comprende este artículo, uno relativo al tiempo señalado para prescribir la acción de revocación por superveniencia de hijos, otro concerniente á la irrenunciabilidad de tal acción y á su trasmisión por muerte del donante á sus hijos y descendientes legítimos: los dos son justos pero sobre todo el primero por cuanto sin él, sin la fijación de un término prudente para accionar la revocación, se perturbaría con una gran inseguridad la libertad de la propiedad, y en cuanto al segundo, se comprende bien que la acción para revocar sea irrenunciable por los perjuicios que pudieran irrogarse á los interesados en que los bienes donados reingresen á la familia del donante, pero pudiera haberse limitado esta facultad y esta sucesión á los hijos del donante.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 962, proponía el término de treinta años para la prescripción de la acción de revocación, consignando así mismo su transmisibilidad á los hijos y descendientes del donador, habidos después de la donación y á los herederos de éstos; de modo que era más lato que el precepto del Código que comentamos, que lo limita á los hijos y descendientes legítimos del donante.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 645, aparece conforme con el que nos ocupa en cuanto al periodo de tiempo marcado para la prescripción; pero proponía que había de contarse dicho término desde el nacimiento del último hijo, sin expresar su calidad ni ocuparse de la legitimación y reconocimiento ni del caso en que se hubiera tenido noticia de la existencia del hijo que se creyó fallecido.





Precedentes encontramos en la Ley 10, tít. 56, lib. 8 del Código Romano *de revocandis donationibus*; en la Ley 3.ª, tít. 12, lib. 3.° del Fuero Real, y en la Ley 8.ª, tít. 4.°, Part. 5.ª; si bien algunos opinan que por el derecho romano la revocación se concedía sólo á favor del donante quien precisamente debía ejercitarla, no en manera alguna sus hijos y herederos, pudiendo renunciarla por sí mismo, mientras otros intérpretes del derecho romano, entre ellos Savigny, sostienen que tal acción podía entablarse aun despues de muerto el donante si éste hubiere expresado anteriormente su voluntad de ejercitarla.

Concordancias encontramos en los Códigos de Francia art. 966, de Luisiana art. 1661, de Vaud art. 615, de Veracruz-Llave art. 1335, los cuales fijan como plazo de la prescripción el término de treinta años y atienden al nacimiento del último hijo para computar dicho término aunque dicho hijo fuere póstumo sin perjuicio de las interrupciones prescritas por el derecho; mientras que los arts. 2759, 2760 y 2761 del Código de Campeche, los arts. 2641, 2642 y 2643 del Código de la Baja California, y 2759 al 2761 del Código de México, no solo prescriben que el donante no puede renunciar al derecho de revocación por supervenienciа de hijos, sino que preceptúa que dicha acción solo se trasmite á los hijos y á sus descendientes legítimos y que se pierde á los veinte años contados desde el nacimiento de aquéllos.

El Código de Italia, en su art. 1090, fija cinco años como término para prescribir la acción de revocación por sobrevenir hijos al donante, cuyo término se contará desde el día del nacimiento del último hijo; cuyo precepto es bien parecido al de nuestro Código: y después, en su segundo apartado, dice: «El donante no podrá proponer dicha acción después de la muerte de los hijos y de sus descendientes, lo cual significa que, si existiendo la causa por la que se da lugar á la revocación, no ejercitó el donante su acción, el día que fallezca ese hijo ó sus descendientes que originaban la revocación, no puede proponerla ya, cualquiera que sea el tiempo que haya transcurrido.

Art. 647. La donación será revocada á instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.

En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto á terceros, por la Ley Hipotecaria.

Es tan racional y justo el precepto de este artículo que casi no necesita comentario; si la donación se hizo con condición y ésta no se cumplió, evidente es que el donante puede revocarla, puesto que el donatario faltó á las condiciones estipuladas. Que en este caso deben revertir las cosas á su dueño, ó sea al

donador, es también incuestionable porque solo salieron de su poder, solo las transfirió bajo el supuesto de que se habian de cumplir las condiciones impuestas al donatario, y no cumplidas éstas, la transferencia de las cosa no puede subsistir. Pero como la Ley Hipotecaria en sus arts. 36 al 38, así como la instrucción de 9 de Noviembre de 1874 sobre la redacción de instrumentos públicos ya transcrita, en sus arts. 19 y 20, previenen el medio de no perjudicar á tercero, nuestro Código consecuente con tan respetable principio, ha determinado lo que no podía menos de determinar en el párrafo segundo del artículo que comentamos, es decir, que quedarán nulas las enagenaciones hechas por el donatario y las hipotecas constituidas sobre aquellos bienes donados con las limitaciones de la Ley Hipotecaria, ó sea salvando los preceptos que de la misma acabamos de citar.

Precedentes encontramos en las leyes 1.ª, tít. 54, y 1.ª, tít. 56 del libro 8.º del Código Romano, y en la ley 6.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª, pues, según el derecho en cuyos principios descansa la mayor parte de nuestra legislación, el donante podrá compeler al donatario al cumplimiento de la condición, causa ó prestación final de la donación, ó revocar la donación, siendo de sus facultades discrecionales optar por una ú otra solución, aunque no faltaron intérpretes que sustentasen la teoría, cómoda para el donatario, de que éste, mediante ciertas condiciones, puede purgar la morosidad.

El Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 964, como el Proyecto de 1882, en su art. 646, propusieron preceptos análogos; y concordancias estrechas con nuestro Código vemos en los arts. 953 al 956 del Código de Francia, en los artículos 1078 al 1080 del Código de Italia; 1546 del Luisiana, 1426 y 1432 del de Chile, 603 y 605 del de Vaud, 1593 del de Uruguay, 1725 y 1726 del de Holanda, 953 al 956 y 958 del de Bélgica, 1849 al 1853 del de la República Argentina, 2762 y 2763 del de Méjico, 948 del de Austria, 2762 y 2763 del de Campeche, 2644 y 2645 del de la Baja California, los 878, 879 y 881 del de Nápoles, y otros varios.

Los artículos citados del Código Argentino previenen que cuando el donatario ha sido constituido en mora respecto á la ejecución de los cargos ó condiciones impuestas á la donación, el donante tiene acción para pedir su revocacion, y puede demandarla por causa de inejecución de las obligaciones impuestas al donatario, sea cual fuere la causa de incumplimiento, aunque la ejecución haya llegado á ser imposible por circunstancias independientes de la voluntad del donatario, salvo el caso en que la imposibilidad haya sobrevenido antes que él se hubiese constituido en mora, siendo la revocación por inejecución, de las condiciones ó cargas relativa únicamente al donatario sin perjudicar en nada á los terceros, á cuyo beneficio le hubiese estipulado las cargas y condiciones. Ese derecho de demandar la revocación de una donación, sólo corresponde al donante y sus herederos; sin que las terceras personas beneficiadas puedan pedir otra cosa al donatario que el cumplimiento de las obligaciones

que á ellas les benefician. Y los Códigos de México, Campeche y Baja California, preceptúan que la donación será revocada á instancia del donador cuando se hayan dejado de cumplir algunas de las condiciones con que la hizo.

El art. 1937 previene que puede ser revocada la donación á instancias del donador, por no haberse cumplido alguna de las condiciones con que se hizo, restituyéndole los bienes donados con los frutos é intereses, quedando nulas las donaciones que el donatario hubiere hecho y las hipotecas que en los mismos hubiere constituido.

Mas, en todos los códigos extranjeros que tenemos á la vista, hemos observado que estos casos de revocación y reducción de donaciones, son excepcionales, á pesar de lo que algunos publicistas en contrario sostienen; y hasta los códigos que más influyen en la legislación europea, y de los que se han tomado la mayor parte de los preceptos hoy vigentes, como sucede con el Francés y el Italiano, tratan esta materia en una seccion encabezada con el epígrafe de «Excepciones á la regla de irrevocabilidad de las donaciones entre vivos». Y no puede ser otra cosa, porque la revocabilidad en general de las donaciones no sólo sería contraria á la seguridad y libertad de la propiedad particular, sino que introduciría una perturbación económico-social, matando la riqueza pública. ¿Dónde iríamos á parar si se sustentase como regla general arbitraria y caprichosa la teoría de la revocabilidad de las donaciones? Al caos, por el camino de la informalidad. Al aniquilamiento, por la inseguridad de la propiedad. Al desorden, por la variabilidad de las voliciones.

Sólo como excepción puede admitirse que una donación sea revocable.

Art. 648. También podrá ser revocada la donación, á instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1.° Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra ó los bienes del donante.

2.° Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar á procedimientos de oficio ó acusación pública, aunque lo pruebe; á menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituídos bajo su autoridad.

3.° Si le niega indebidamente los alimentos.

Otra excepción justificadísima que revocar puede una donación, es la ingratitud del donatario, ese nefando vicio, esa monstruosa hidra, esa excrecencia social, que albergarse no puede en ninguna alma noble y generosa, tiene que producir necesariamente la revocación de las donaciones, pues quien comete delito contra la persona, la honra ó los bienes de su protector, ni tiene



nada de persona racional ni es digno de que goce de los bienes donados; es un sér vil, rastrero y denigrado que sólo merece el desprecio de las personas honradas. La ingratitud, sólo de pensamiento, es repugnante; y si pudiera sin peligro traspasarse la esfera de la moral, para llevar ciertos actos á la esfera del derecho penal, sería para la ingratitud, para la primera infamia, que pediríamos castigo.

Pero, esa ingratitud se revela de muchos más modos que los aquí consignados, y se alimenta en corazones pequeños, no sólo cometiendo delitos que afectar pueden al donante, no sólo atribuyendo á éste acciones punibles; no sólo negándole alimentos al sér generoso y magnánimo á quien se debe el bienestar y la fortuna, sino de otros modos, que el alma bien nacida no se atreve á expresar, y por esto el legislador no los consigna en sus páginas, porque las mancharía, como las mancha y ensucia la ingratitud misma.

El Código Alfonsino, (ley 10, tít. 4.°, Partida 5.ª,) es un precedente histórico-jurídico del precepto que nos ocupa, en cuanto á los dos primeros números, como la ley 10, tít. 56, lib. 8.° del Código Justinianeo, de donde la ley de Partida fué tomada.

El Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 965, propuso preceptos análogos á los comprendidos en el art. 648 que de nuestro Código comentamos, si bien aquel no se ocupaba del tercer número que éste contiene; y el Proyecto de 1862, en su art. 647, contenía análogos principios á los que informan el artículo que nos ocupa, que, como es sabido, concuerda con el art. 2764 del Código de México, con el art. 1488 del Código de Portugal, el 1081 del de Italia, el 1595 del de Uruguay, el 955 del de Francia, el 948 del de Austria, el 604 del de Vaud, el 955 del de Bélgica, el 1547 del de Luisiana, el 2764 del de Campeche, el 1725 del Código de Holanda, el 1428 del de Chile, los arts. 731 y 732 del de Guatemala, 954 del de Valais, 1858 del de la República Argentina, el 1392 del de Friburgo, el 1091 del de Bolivia, el 683 del de Neufchatel, el 880 del de Nápoles, y otros varios, algunos de cuyos Códigos tomaron también como precedentes, la ley 10, tít. 4.° Part. 5.ª, la ley 10, tít. 56, lib. 8.° del Código Romano, y la ley 1.ª, título 12, libro 3.° del Fuero Real.

El Código Argentino en el articulo citado preceptúa que:

«Las donaciones pueden tambien ser revocadas por causa de ingratitud del donatario en los tres casos siguientes:

1.° Cuando el donatario ha atentado contra la vida del donante.

2.° Cuando le ha inferido injurias graves en su persona ó en su honor.

3.° Cuando le ha rehusado alimentos».

Para no hacernos demasiado difusos, consignando textos de Códigos extranjeros, terminaremos con la reproducción del art. 1338 del de Veracruz-Llave que dice asi:

«Tambien puede revocarse la donación á instancia del donador:

1.° Cuando el donatario cometiese algún delito contra la persona, honra ó bienes del donador.

2.° Cuando el donatario imputase al donador algun delito que dé lugar á procedimiento de oficio, aunque lo pruebe, á menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer é hijos, constituidos bajo su autoridad».

Y luego el art. 1340 del mismo Código previene que la revocación por causa de ingratitud no perjudicará ni á las enagenaciones hechas por el donatario ni á las hipotecas y demás cargos reales que éste impusiera sobre las cosas donadas, antes de que se registre la demanda de revocación en el Registro. Las posteriores serán nulas.

Art. 649. Revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores á la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la propiedad.

Las posteriores serán nulas.

Este artículo viene á confirmar las disposiciones de la Ley Hipotecaria ya citadas, y no puede menos de considerarse justo y equitativo, puesto que debe sostenerse la tésis de no causar perjuicios á terceras personas, que ajenas á la causa ó motivo determinante de la revocación tenian derechos adquiridos antes de que el donante ejercitase la acción para reivindicar aquello que donó á persona que jamás supusiese ingrata. Más las enagenaciones, hipotecas y otras cargas que despues de tal demanda se realizasen, deben conceptuarse nulas porque ya se verificaron en un momento histórico en que el donatario al constituirlas conocia las justas pretensiones del donante; y por lo tanto pudieran conceptuarse ejecutadas en fraude de éste.

Los mismos principios informan los preceptos contenidos en los arts. 1340 del Código de Veracruz-Llave, 1866 del Código de la República Argentina, 958 del Código Francés, 1432 del Código de Chile, 883 del de Nápoles, 958 del de Bélgica, 1549 del de Luisiana, 1727 del de Holanda y otros varios que miraron como precedentes las disposiciones de la Ley 7.ª, tit. 56, lib. 8.° del Código Romano.

Tambien concuerdan con el precepto del art. 649 de nuestro Código, el art. 1088 del Código de Italia, los arts. 1488 y 1489 del de Portugal, el 1699 del de Uruguay, el 1095 de Bolivia, el 740 al 742 del de Guatemala, 686 del de Neufchatel, 607 del de Vaud, 258 del de Valais, 2765 del de Campeche, 2647 del de la Baja California y 2765 del Código de México; encontrando análogos preceptos en los arts. 967 del Proyecto de 1851, y 648 del Proyecto de 1882 de nuestro Código Civil, viéndose precedentes no sólo en las disposiciones antes indicadas

sino en la Ley 10, tit. 4.°, Partida 5.ª, en la Ley Hipotecaria de 21 Diciembre de 1869 y en la instrucción de 9 Noviembre de 1874 antes indicadas.

Art, 650. En el caso á que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, tendrá derecho el donante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, ó la cantidad en que hubiesen sido hipotecados.

Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes.

Ya dijimos que no pudiendo perjudicarse á terceras personas que ajenas sean á las causas que motivan una revocación de donaciones hechas, subsistentes debian quedar las enagenaciones, hipotecas y demás cargas constituídas sobre los bienes donados; más esto no quiere decir que en las relaciones jurídicas que entre donante y donatario existen, vaya á quedar éste sin responsabilidad por hechos de que sólo él es culpable, y vaya á quedar sin reintegro el donante del valor cuando menos que las cosas tenían al tiempo de la donación. Por esto el artículo que comentamos contiene los preceptos necesarios para que esas relaciones jurídicas existentes entre donante y donatario se vean desorrolladas convenientemente, haciendo que el primero, ó sea el donante, perciba lo que le corresponde y sufra el donatario las conveniencias de la revocación por él originada.

El Proyecto de 1851 en su art. 970 y el Proyecto de 1882 en su art. 649, propusieron preceptos análogos, si bien el primero tendía á que el valor de los bienes se regulase por el que realmente tuvieren las cosas donadas al tiempo de presentarse la demanda de revocación; pero nosotros encontramos más justo en toda su integridad el precepto del art. 650 que de nuestro Código comentamos, porque ya dijimos en otro lugar que lo equitativo y justo era atender al valor que las cosas tuvieren al realizarse la donación, pues nada más natural que el donatario responda de lo transferido y el donante reclame simplemente lo que donó sin aumento ni disminución alguna, cuando por motivos excepcionales se vé en el caso de demandar la revocación.

Vemos concordancia con nuestro Código en el art. 558 del de Francia, en el 1089 del de Italia, en el 958 del de Bélgica, en el 1484, 1485 y 1489 del de Portugal, 1699 del de Uruguay, 1727 del de Holanda, 1951 del de Luisiana, 883 del de Nápoles, 1432 del de Chile, 1867 del de la República Argentina, 2757 y 2781 del Código de Campeche, 2639 y 2656 del de la Baja California, 2757 y 2781 del de México, mientras que el art. 1343 del Código de Veracruz-Llave preceptúa que cuando fuere revocada la donación por causa de ingratitud, el donador tendrá derecho para exigir del donatario el valor que al tiempo de la demanda tengan los bienes enagenados que no puedan reclamarse de terceros poseedores.

Art. 651. Cuando se revocare la donación por alguna de las causas expresadas en el art. 644, ó por ingratitud, y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.

Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición.

Preceptos distintos contiene este artículo que dignos de tenerse en cuenta son y que la razón de su diferencia se ve en la misma naturaleza de la cosa: pues es evidente que como las excepciones comprendidas en el art. 644 de este mismo Código, no dependen de la voluntad del donatario, ni de acto alguno que ni aún por descuido éste cometiere, es evidente que no puede responder de los frutos mas que desde la interposición de la demanda, y lo mismo debe suceder respecto de la reducción de la donación por inoficiosa. En cuanto á la ingratitud, no estamos tan conformes con igualarla en sus consecuencias á los casos del art. 644, por cuanto depende ya de la voluntad del donatario; y justo sería que así como á éste se le exige la devolución de frutos percibidos desde que dejó de cumplir la condición impuesta en las donaciones condicionalmente constituídas, reconociéndose como una condición implícita la gratitud, se impusiese también la devolución de los frutos percibidos desde el primer acto que implicase ingratitud.

El Proyecto de Código de 1851 en sus arts. 963, 964 y 966, propuso preceptos análogos si bien, según éstos, el donatario y sus causa habientes debían hacer suyos los frutos producidos por los bienes donados hasta que naciere un hijo legítimo del donante ó legitimare á un hijo ilegítimo, y la restitución de los bienes donados debería hacerse con los frutos é intereses; proponiendo también que respecto del donatario cuya revocación se efectuase por causa de ingratitud, éste hiciere suyos los frutos percibidos hasta la demanda: mientras que el art. 656 del Proyecto de 1882, tanto en los casos de sobrevenir hijos como en los de ingratitud, ó cuando se declarase inoficiosa la donación, proponía que el donatario haría suyos los frutos hasta la interposición de la demanda; y respecto del caso en que la revocación tuviera lugar por incumplimiento de condiciones, no haría jamás suyos los frutos el donatario. Entre uno y otro Proyecto, por más que el segundo sea más conforme con el precepto de nuestro Código vigente, prescindiríamos de los dos, pues es más lógico cuanto previene el artículo que de nuestro Código comentamos que lo propuesto en los referidos proyectos; si bien nos sería más satisfactorio que como hemos indicado ya, la gratitud se supusiese siempre como una implícita condición del acto de liberalidad llevado á cabo por el donante, y que cuando el donatario faltase á

ella se le conceptuase en el lugar y caso de los que faltan á las condiciones expresamente consignadas á la constitución de la donación.

Comprendemos perfectamente que aun cuando el cumplimiento de las condiciones impuestas résuelve los efectos de la donación, la falta de todas esas condiciones no siempre debe producir las mismas consecuèncias, pues cuando se demostrare que esa falta era ajena á la voluntad del obligado, no podria en nuestro concepto hacérsele responsable dė ella; más en principio debemos sustentar la idea de que las faltas de cumplimiento á las obligaciones por uno contraidas se reputan siempre voluntarias, y por consiguiente responsable de las mismas debe ser el que no cumplió aquella que estába obligado desde el momento en que faltó á la condición estipulada.

El Código de Francia, en su art. 962, sienta el principio de que la donación se revocará también aun cuando el donatario haya entrado en posesión de los bienes donados y hayan sido dejados por el donante después de haber sobrevenido el hijo, pero sin que el donatario esté obligado en tal caso á restituir los frutos que hubiere percibido de cualquier naturaleza que sean, sino desde el dia en que se le notificare por citación ó algún otro acto formal el nacimiento del hijo ó su legitimación por subsiguiente matrimonio, y esto aúnque la demanda para volver á la posesión de los bienes donados se hubiere interpuesto con posterioridad á la notificación: con cuyos preceptos se relacionan armónicamente los comprendidos en los arts. 549, 550 y 960 de aquel mismo Código, con arreglo á cuyas prescripciones se han dictado por el Tribunal de casación Francés varias sentencias, entre otras la de 2 de Abril de 1829.

El Código de Italia, en su art. 1089, viene á prescribir, según ya antes indicamos, que revocada la donación el donatario deberá devolver el valor de la cosa vendida con relación al tiempo de la demanda, y lo mismo devolverá los frutos desde el dia de dicha demanda en lo cual está perfectamente de acuerdo el Código de Portugal.

Concordancias encontramos también en el art. 962 y último párrafo del artículo 928 del Código Belga, en los arts. 2765 y 2784 del Código de Campeche, en los arts. 1929 y 1930 de Chile; 742 de Guatemala, 578 de Vaud, 1699 de Uruguay, 1489 y 1502 del de Luisiana, 967 y 974 del de Holanda, 2660 del de la Baja California, 2765 y 2784 del de México, y 1339 del Código de Veracruz-Llave.

Art. 652. La acción concedida al donante por causa de ingratitud, no podrá renunciarse anticipadamente. Esta acción prescribe al término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.

Preceptos contiene este artículo que adelantan demasiado las ideas sobre hechos que pueden sobrevenir; y á la verdad que anticipar conceptos es llamar

la atención para que éstos se realicen, ó prevenir demasiado la desconfianza entre donante y donatario; á no ser que por la enormidad del mal que encierra la ingratitud haya querido el legislador privar al donante de un derecho que todo ciudadano debe tener á renunciar las facultades que la ley le otorga; pues si bien renunciar anticipadamente á la acción de revocación por causa de ingratitud, es sujetarse demasiado el donante y quedarse sin medios de prevenir nuevos hechos, como aquella facultad de ejercitar tal acción arranca de la realización de un hecho independiente de la voluntad del que ha de ejercitarla, puede suponerse que la acción no nace hasta que el acto de ingratitud se realiza, y por ello, que el legislador suponga también que es imposible renunciar lo que todavia no se tiene, en lo cual se funda indudablemente la primera parte del articulo que nos ocupa. Mas luego cuando la acción nace por haber tenido lugar la ingratitud, es cuando corre el término de un año para que el donante ejercitar pueda aquella acción, y entonces sin más que dejar transcurrir dicho periodo de tiempo sin entablarla, tiene lugar tácitamente la renuncia de un derecho ó de una facultad que antes de su existencia le veda ejercitar nuestro Código.

El Proyecto de 1851 en su art. 968 proponia un precepto análogo, y así como los delitos de injuria y calumnia prescriben, según lo prevenido en el párrafo 4.° del art. 133 del Código penal á los seis meses y al año respectivamente, de la misma manera dicho Proyecto fijó la prescripción de la acción de revocación por tal motivo de ingratitud en un año; si bien cuanto proponia dicho Proyecto parece más bien fundado en las disposiciones de la Ley 22, tit. 9, Partida 7.ª, en la cual se fijaba un año para que el hombre *demandar pudiera enmienda de su deshonra ó del mal que recibió.*

El Proyecto de Código de 1882, se ocupa también del punto, objeto del precepto que comentamos de tal manera, que parece copiado de éste lo que en aquél se propuso.

Si estudiamos la Ley 5.ª, tit. 35, lib. 9 del Código Justinianeo, y la Ley 22, tit. 9.°, Partida 7.ª, alli vemos precedentes de algunos de los puntos esenciales que entraña el articulo que al presente comentamos, muy principalmente en lo relativo al término que se concede para perseguir al que por causa de ingratitud se hace acreedor á la revocación de una donación; y estudiando el Código de Francia, encontramos en su art. 957 verdaderos preceptos concordantes, toda vez que se previene que la demanda de revocación por causa de ingratitud deberá formularse dentro del año, contado desde el dia del delito imputado ó desde el en que haya podido ser conocido por el donante; cuyo artículo está en perfecta relación con el art. 1047 del mismo Código, á tenor de cuyos preceptos el Tribunal de Casación ha dictado varias sentencias, entre otras las de 17 de Agosto de 1831, 17 de Mayo de 1835 y 4 de Enero de 1842.

También concuerda con el articulo que comentamos el 1490 del Código de Portugal del cual parece una copia, el 957 del Código de Bélgica, el 1082 del de

Italia parecido en extremo al Francés, el 1550 del de Luisiania, el 1430 del de Chile, el 696 del de Vaud, el 734 del de Guatemala, el 1593, 1596 y 1599 del de Uruguay, el 1339 del Código de Veracruz-Llave, el 2766 del Código de México, el 2648 de la Baja California, y 2766 del de Campeche, previniendo estos tres últimos que la acción de revocación por causa de ingratitud no puede ser renunciada anticipadamente y prescribe dentro de un año, contado desde que se tuvo conocimiento del hecho: encontrándose también alguna analogía en el art. 4034 del Código de la República Argentina.

Art. 653. No se transmitirá esta acción á los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado.

Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, á no ser que á la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda.

Los dos preceptos que contiene este artículo se comprenden perfectamente, pues si pudiendo el donante ejercitar la acción de revocación no lo hizo, es natural que no sea transmitida á sus herederos una facultad de que él no quiso hacer uso; y lo mismo debemos decir respecto del donatario, contra cuyo heredero no se podrá ejercitar dicha acción, á no ser que á la muerte de su causante se encontrare ya entablada la demanda, pues no es lógico creer que si el donante no quiso usar de la facultad que la ley le concede contra el donatario, quiera ejercitarla contra sus herederos.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 969, y el Proyecto de 1882 en su artículo 652, están conformes con el artículo que comentamos, el cual en parte tiene sus precedentes en las Leyes 10, tít. 4.°, Partida 5.ª, 11 y 23, tít. 9, Partida 7.ª, pues principalmente en la primera de estas leyes de Partida se establece que si el donante que conociera la ingratitud no se querellase en vida, sus herederos no pueden querellarse después; como también se ven precedentes en las Leyes 1.ª y 10.ª tít. 56, lib. 8 del Código.

Concordancias encontramos en el art. 957 del Código Francés, en el 1082 del Código Italiano, 957 del Código Belga, 1597 del Código de Uruguay, 1491 del Código de Portugal, 734 del de Guatemala, 1430 del de Chile, los arts. 2768 y 2767 del Código de México, 2650 y 2649 del Código de la Baja California y 2768 y 2767 del Código de Campeche, que citamos invertidos intencionalmente por cuanto invertidos corresponden á los apartados 1.° y 2.° del art. 653 que de nuestro Código comentamos, pues dicen los primeros citados que: *Esta acción no puede ejercitarse por los herederos del donante, si éste, pudiendo no lo había intentado*; y los que se citan en segundo término ó sean los arts. 2767 de los Códigos de México y Campeche, y el 2649 del de la Baja California, expresan que *esta acción no podrá ejercitarse contra los herederos del donatario á no ser que en vida de éste hubiere sido intentada*; cuyos principios se sustentan tambien en los arts. 1341 y 1342 del Código de Veracruz-Llave.

Art. 654. Las donaciones que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tenga efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.

Para la reducción de las donaciones se estará á lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.

Sencillo es por demás lo que en este artículo se previene, pues, la simple lectura del mismo deja comprender fácilmente, que si una donación se declara inoficiosa, porque excede en su cuantía de cuanto se puede dar ó recibir por testamento, evidente es que computado el valor líquido de los bienes del donante á su fallecimiento, cuando se haga el cúmulo general de dichos bienes, esas donaciones deben reducirse hasta que su cuantía entre dentro de los límites de lo que en testamento puede uno donar ó recibir. Más ya dijimos antes que esta donación por ser excesiva no se anula ni rescinde, sino que quedando subsistente en todo lo que la Ley permite enagenar, la declaración de inoficiosa desvirtúa lo relativo al exceso y sostiene, mientras vive el donante, la transferencia de lo donado, haciendo suyos el donatario los frutos que produjese.

Hasta aquí conforme estaba con la edición vigente que comentamos la primera edición de nuestro Código, pero en el segundo apartado cambia bastante, toda vez que en lugar de decir éste como expresaba el primitivo: «Para la reducción de las donaciones se estará á lo dispuesto en la sección 5.ª capítulo 1.º del siguiente título»: en esta edición, hoy en vigor, con más precisión se determina que para la reducción de las donaciones, se estará á lo dispuesto en este capítulo y en los arts. 820 y 821 del presente Código: es decir, que despues de someterse al cap. 4.º del tít. 2.º de este libro, se ha de tener en cuenta para la reducción de donaciones, primero: que á pesar de ellas pueda cubrirse la legítima; segundo: que esta reducción se haga á prorrata sin distinción alguna, á no ser que el donador dispusiera que existiése alguna preferencia entre las reducciones que de varias donaciones debieran hacerse; y tercero: que si la dación consistiese en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria ó entregar al legatario la parte de la donación de que podía disponer libremente el donador.

Y parodiando el art. 821, cuando la donación sujeta á reducción consiste en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el donatario, si la reducción no absorve la mitad de su valor, y en caso contrario, ó sea cuan-

do la reducción se extienda á más de la mitad de su valor, quedará la finca para los herederos forzosos; pero abonándose mútuamente su respectivo haber en dinero. De manera que con las reglas prescritas en el título que al presente comentamos y con los principios que acaban de exponerse, no puede haber lugar á equivocaciones, pues el aumento queda perfectamente desentrañado y reconoce por base de su desenvolvimiento principios tan justos y equitativos que nada más puede desearse.

Precedentes vemos en la Ley 8.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª como se veian anteriormente, remontándose al derecho histórico en las Leyes del libro 3.º, tít. 29 del Código Romano de *inoffitionis donat.*, y en las Leyes 9 y 11 tít. 5.º, lib. 39 del Digesto; como tambien se encuentran precedentes en la Ley 29 de Toro transcrita á la Ley 5.ª, tít. 3.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, si bien en estos antecedentes nada se decia con relación á los frutos de la cosa donada.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 971 y el Proyecto de 1882 en su artículo 653, propusieron preceptos análogos; y concordancias encontramos en los arts. 920 y 928 del Código de Francia, 1492 del de Portugal, 1091 del de Italia, 920 y 928 del de Bélgica, 1600 del de Uruguay, 578 del de Vaud, 967 y 971 del de Holanda, 2769 al 2771 del de México, 1489 y 1502 del de Luisiana, 2769 al 2771 del de Campeche, 2651 al 2654 del de la Baja California y 1344 del Código de Veracruz-Llave.

Art. 655. Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho á legítima ó á una parte alícuota de de la herencia, y sus herederos ó causa habientes.

Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento á la donación.

Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.

Se comprende perfectamente que solo pueden pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho á legitima ó á una parte alicuota de la herencia y sus herederos ó causa habientes, porque solamente á éstos se perjudica con el exceso de la donación. Si el donante no tuviera herederos forzosos, no habria motivo para declarar inoficiosa la donación, porque á nadie que legalmente tuviera algún derecho á sucederle se le perjudica: asi es que los herederos que hubieran de serlo *abintestato*, si el testador no dispusiere en favor de un extraño, no pueden demandar tal reducción, para reclamar ésta, es preciso que quien la demande, tenga por la ley un derecho perfecto á la legitima ó á parte alicuota de los bienes del donador.

En el segundo párrafo de este artículo se trata de que los que tienen derecho á reclamar la reducción de las donaciones no pueden renunciar tal derecho durante la vida del donador ni directa ni indirectamente, lo cual es muy natural; y, aunque para dar explicación cumplida de ello bastáranos hacer una referencia al comentario del art. 652 de este nuestro Código, diremos que, si fuere dable renunciar á los herederos forzosos lo que todavia no poseen, habria más fuerza y mayor extensión en las derivaciones de un sugeto del derecho que en el mismo sugeto, toda vez que el donador no puede hacer donación más que de los bienes presentes; y, en este caso, á los herederos del donante se les facultaria para disponer de sus bienes futuros, es decir, que los causa habientes irian más allá que las causa-dantes ó causantes.

Y, finalmente, es también inconcuso y por demás equitativo y justo que los donatarios, los legatarios que no sean de parte alicuota, y los acreedores del difunto, no puedan pedir la reducción de la donación ni aprovecharse de ella, por cuanto, si son legatarios y donatarios, cuyos derechos radican en la libre y expontánea voluntad del donante, todas cuantas donaciones hubiera el mismo hecho anteriormente no pueden ser aminoradas por otras donaciones ó legados, puesto que nacen del mismo origen ó sea de la expontánea voluntad del donador; y reconociendo tales donaciones la misma causa, es natural que, aún cuando sólo fuese sometiéndose al principio juridico de que el anterior en tiempo es mejor en derecho, no habian de poder tales donatarios y legatarios pedir la reducción de las donaciones anteriores, ni mucho menos aprovecharse de las reducciones que por precepto de la ley se hayan de hacer; sin que los acreedores puedan pedir reducción, porque cuando las donaciones se hacen en su fraude se anulan.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 654, propuso preceptos análogos y concordancias encontramos con nuestro Código en el art. 921 del Código de Francia que previene que la reducción de las disposiciones entre vivos no podrá reclamarse más que por aquellos en cuyo beneficio la ley haga la reserva, sin que sus herederos ó causa habientes, los donatarios, legatarios y acreedores del difunto puedan pedir esta deducción ó aprovecharse de ella; sirviendo los preceptos de este artículo, que en perfecta relación se encuentra con los articulos 845, 913 al 920, 924, 1131, 1167 y 1340, de base y fundamento á varias decisiones del Tribunal de Casación francés, entre las cuales tenemos á la vista las de 2 Mayo de 1838, 11 Diciembre de 1854, 14 Enero de 1856, 10 Marzo de 1856, 19 Abril de 1857, 23 Junio de 1857, 24 Abril de 1861, 2 Abril de 1862, y otras varias; pues como, según dicho Código, las donaciones hechas por contrato entre vivos ó por testamento no pueden exceder de la mitad de los bienes del donante si a su fallecimiento dejare un hijo legitimo, de la tercera parte si deja dos, y de la cuarta parte si estos fueren tres ó más; y proporciones análogas existen para limitar las donaciones, á fin de no perjudicar á los ascendientes del do-

nante, de aquí el que se hayan establecido principios bajo los cuales se regule la reducción de tales actos de liberalidad.

Análogas concordancias encontramos en el art. 1092 del Código de Italia que es en la esencia igual al nuestro, y casi hasta en su redacción, como vemos también idénticas concordancias en el art. 921 del Código Belga, 1186 y siguientes del de Chile, 1244 y 1245 del de Colombia, y en otros varios códigos extranjeros.

Art. 656. Si, siendo dos ó más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.

El precepto de este artículo sustenta la tésis que nosotros hemos venido sosteniendo anteriormente de que, como quiera que las donaciones para ser tales, todas proceden del mismo origen, todas reconocen por causa la libre y expontánea voluntad del donante, naciendo el derecho de los donatarios á la cuestión del tiempo, conceptuando siempre que es mejor en derecho aquel que es primero en tiempo, así es que á este comentario solo debemos añadir que si no se observase el principio axiomático que acabamos de indicar, ó habría que tener por igual en derecho á todos los donatarios, cualquiera que fuese la época de la donación, en cuyo caso se vería implícitamente revocada la hecha en primer término para distribuir los bienes donados proporcionalmente entre todos los donatarios, lo cual vendría á destruir el principio general de irrevocabilidad que informa el Código en relación á las donaciones y desvirtuando el precepto del tercer apartado del artículo anterior, en virtud del que se niega á los donatarios derecho alguno para pedir reducción de donaciones anteriores y hasta el aprovecharse de dicha reducción, ó de lo contrario habría de introducirse la mayor de las confusiones al ejercitar la donación, que siendo un acto de pura liberalidad, no es lógico ni verosimil suponer se ejercite para introducir la perturbación en la propiedad y en los medios de disponer de la misma.

El Proyecto de Código civil de 1851 en su art. 972, proponía preceptos análogos, como el Proyecto de 1882 en su art. 655 propuso lo que transcrito ha sido en lo esencial al art. 656 que de nuestro Código comentamos.

Concuerda nuestro Código con el Francés en su art. 923, con el Italiano en su art. 1093, el de Belgíca en su art. 923, el de Vaud en su art. 581, el de Portugal en su art. 1497, y los arts. 971 del Código de Holanda, 1601 del de Uruguay, 2772 al 2778 del Código de México, 2653 al 2659 del Código de la Baja California, 2772 al 2778 del de Campeche, y 2345 del Código de Veracruz-Llave, que en la esencia es el mismo que el nuestro. Mas como en los Códigos de México, Baja California y Campeche, encontramos detalladamente tratados los casos que

ocurrir puedan sobre el particular, informándose en los mismos principios los tres dichos Códigos, no podemos menos de transcribir el contenido del de México, que siendo exactamente igual con el de los mismos artículos del de Campeche, no tiene otra diferencia con el de la Baja California, que la de referirse ésta á completar los alimentos con la reducción en su art. 2653, y el 2772 de México y Campeche se refieren al complemento de la legítima, como se ve por el siguiente texto:

«Art. 2772. La reducción de las donaciones entre vivos comenzará por la última en fecha, que será totalmente suprimida si la reducción no bastare á completar la legítima.

«Art. 2773. Si el importe de la donación menos antigua no alcanzare, se procederá respecto de la anterior en los términos establecidos en el artículo que precede, siguiéndose el mismo órden hasta llegar á la más antigua.

«Art. 2774. Habiendo diversas donaciones otorgadas en el mismo acto ó en la misma fecha, se hará la reducción entre ellas á prorrata.

«Art. 2775. Si la donación consiste en bienes muebles, se tendrá presente para la reducción el valor que tenian al tiempo de ser donados.

«Art. 2776. Cuando la donación consiste en bienes raices que fueren comodamente divisibles, la reducción se hará en especie.

«Art. 2777. Cuando el inmueble no pueda ser dividido y el importe de la reducción exceda de la mitad del valor de aquél, recibirá el donatario el resto en dinero.

«Art. 2778. Cuando la reducción no exceda de la mitad del valor del inmueble, el donatario pagará el resto en dinero».

Todo lo cual está en perfecto acuerdo con lo por nosotros sustentado en el comentario.

MODOS DE ADQUIRIR ANTE EL DERECHO FORAL

Los modos de adquirir por el derecho foral son los mismos que los del derecho común, é idénticos son en todas las naciones, porque procediendo del derecho natural no pueden sustraerse á la igualdad de origen, y por consiguiente informan en ellos los mismos principios. Sin embargo, no todos los Códigos, no todas las legislaciones tratan igualmente de los modos de adquirir; pues mientras que en unos apartadamente se ocupan de todos ellos empezando por la ocupación, la accesión, la tradición, la conmixtión, la posesión, la prescripción, los contratos, las sucesiones testadas é intestadas, y no omitiendo modo alguno de adquirir los reunen todos bajo un mismo volumen, y en él desarrollan el ejercicio y desenvolvimiento de cada uno de ellos; otros se ocupan en conjunto de los diferentes modos de adquirir de una manera sin-

tética; y otros Código tratan sin orden alguno de los modos de adquirir, ya intercalándolos en el primer libro, ya exponiendo algo sobre tal materia en todos los demás y principalmente en el que se refiere á contratos: más nosotros, aunque no estemos conformes con el método seguido por el Código Español en esta parte, porque realmente los trata en todos los cuatro libros de que se compone, hemos de seguir paso á paso su orden al comentarlo, y por ello en este libro tercero ocuparnos deberemos sólo, tanto en lo relativo al derecho común como al derecho foral de la ocupación, de la donación y de las sucesiones, ya que de otros modos de adquirir nos hemos ocupado en los libros anteriores y réstanos tratar en el libro cuarto de los contratos y la prescripción.

OCUPACIÓN ANTE EL DERECHO FORAL

ARAGÓN

Tiene Aragón derecho originario en cuanto á la ocupación, aunque en gran parte sometido esté como todas las regiones aforadas á preceptos de carácter general, pues la caza, la pesca, el hallazgo de tesoros y otras diferentes formas de ocupación, no solo tienen un carácter privado que las haga exclusivas del derecho civil, sino que tienen también un carácter público en cuanto con el orden puedan relacionarse, con la riqueza pública puedan tener sus rozamientos y en lo concerniente á las conveniencias sociales que sin absorver por completo el derecho individual, le merma algún tanto para la mejor realización de la vida social y para la armónica relación del individuo con el Estado en que vive, al cual tácitamente cede una parte de sus derechos absolutos, y bajo el cual se ampara en compensación de sus cesiones para su seguridad personal, mejor desarrollo de sus facultades y más lucrativo desenvolvimiento de sus derechos.

Según el Fuero de Aragón se adquieren por ocupación sólo las cosas que no tienen dueño, bien porque nunca lo hayan tenido, ó porque no lo tienen al tiempo de ser ocupadas en atención á haber sido abandonadas.

Las cosas que no tienen dueño se hacen del primero que las ocupa, la ocupación se efectúa por un acto corporal con ánimo de apropiación.

Para que puedan adquirirse por la ocupación, las cosas que ya hubieren tenido dueño, se hace preciso que hayan sido abandonadas por éste con ánimo de no tenerlas ya en el número de sus bienes. Por consiguiente las cosas perdidas cuyo dueño se ignora, no pueden adquirirse por el que las ha encontrado.

Tampoco pueden los particulares adquirir por ocupación, porque pertenecen al Estado, los bienes siguientes:

1.° Los que estuvieren vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni corporación alguna.

2.º Los detentados ó poseidos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo á las leyes comunes.

El tesoro de alhajas, dinero ú otra cosa de valor que estaba oculto y cuyo dueño se ignora, sólo pertenecerá al ocupante cuando éste lo hallare en propia heredad. Mas si lo hallare en heredad agena, se dividirá por mitad entre el dueño de ella y el que lo encontró, siempre que éste no fuese de intento á buscarlo; pues mediando esta circunstancia será por entero del dueño de la posesión, sin que pueda alcanzar parte alguna el que lo halló. Esto mismo se observará cuando se encontrare el tesoro en terrenos pertenecientes á la Nación.

Los animales salvages que andan vagando libremente, no los mansos y domesticados, bien sean terrestres, volátiles ó acuátiles, serán también del primero que los ocupa, con sujeción á las disposiciones siguientes:

A nadie le es permitido cazar hasta 500 varas de distancia de las últimas casas del pueblo en los dias de nieve y de fortuna, ni tampoco en ningún otro tiempo con hurones, lazos, perchas y reclamos, aunque de estos dos últimos medios se podrá usar para la caza de aves de paso.

También está prohibido cazar en terrenos públicos desde 1.º de Abril hasta 1.º de Septiembre en la provincia de Huesca y desde 1.º de Marzo hasta 1.º de Agosto en las de Zaragoza y Teruel.

En los terrenos destinados á plantios cuyo suelo y arbolado sea de dominio particular, asi como en todos los demás que estuvieren cerrados ó acotados, nadie puede cazar ni pescar sin licencia de su dueño ó de quien sus veces hiciere.

En las tierras de propios arrendadas, nadie puede cazar sin licencia del arrendatario; recordando otras varias disposiciones que inútil es citar por cuanto la mayoría están derogadas por la ley de caza y otras disposiciones de carácter general, que vigentes se encuentran en toda la Nación y á las que nos referimos; por lo cual no hemos de insistir en hacer presente la observancia 36 de *gener. privil.* que disponía que los vecinos de un pueblo no podian cazar en término de otro pueblo sin consentimiento del dueño del terreno ó del Ayuntamiento; ni los Fueros 1.º, 2.º y 3.º de *Venatoribus*, ni el Fuero único de *Venatione leporum*, pues repetimos han quedado sin fuerza ni vigor en cuanto en contraposición se encontraren con las hoy vigentes disposiciones, que son las de este Código y las especiales que en su lugar transcribimos:

CATALUÑA

Aparte de las disposiciones que integraba el tít. V, lib. 1.º de la Const. de Cataluña, de cazar y pescar, y que hoy están sin fuerza ni vigor por observarse en este pais las leyes generales del Reino sobre caza y pesca, no tiene la ocupación en Cataluña leyes originarias, y rígese como la mayor parte de las regiones de España por las leyes de carácter general y por el derecho romano.

De aqui que afirmemos que la disposición preliminar contenida en el artículo 609 de nuestro Código Civil vigente, dado su carácter fundamental y general, no puede menos de estar contenida en todos los fueros, encontrando sus precedentes en el derecho romano: así, en este derecho, que por él se regulan los modos de adquirir el dominio ó la propiedad en Cataluña, se encuentra en primer término la ocupación como modo singular originario de adquirir las cosas, pues sabido es que los romanos dividian los modos de adquirir el dominio en singulares y universales; los primeros en originarios y derivativos, los originarios en originarios *simpliciter* y *secundum quid*, señalando la ocupación como modo originario *simpliciter*, como modo *secundum quid* la accesión, y como modo derivativo la tradición; *simpliciter tales esse ait, quibus ipsum corpus adquirimus*; *vel secundum quid, quibus incrementum aliquod ad rem nostram adjuncitur*.

Según derecho romano, *occupatio est adprehensio rerum corporalium nullius cum animo sibi habendi*, ó sea la aprehensión de las cosas corporales que no tienen dueño con ánimo de hacerlas nuestras. De manera que para que la ocupación exista como verdadero modo de adquirir la propiedad, son necesarios los tres requisitos que en la definición se contienen, á saber, 1.° que exista la aprehensión de la cosa corporal, 2.° que ésta no sea de nadie, y 3.° que haya el ánimo de aprenderla para sí; entendiéndose por cosas de nadie aquellas *quae vel natura non sunt in dominio, vel pro derelictis habita in dominio esse desierunt, eo animo abjecta a domino ut ea in numero rerum suarum amplius esse noluit*, según el párrafo 46, Inst. tit. 1.°, lib 2.°, Ley 1.ª: Ley 2.ª, párrafo 1.° y Ley 5.ª, párrafo 1.°, *Dig. proderelict*; esto es, aquellas que apropiables por su naturaleza no están en dominio de nadie, ó que habiendo pertenecido al dominio; de alguno han sido abandonadas por su dueño con ánimo de separarlas de su dominio; y como sabido es que las cosas de nadie son del primer ocupante por la Ley 3.ª *pri. Dig. de adquir. rer. dom.* que sienta el principio de que *quae nullius sunt cedant occupanti*, de aqui que siempre que la aprehensión se haga de estas cosas y que al acto corporal acompañe el ánimo que se expresa en la Ley 3.ª, párrafo 1.°, Dig. de *adq. vel amit. posses. ut occupatio fiat animo et actu corporale simul*, no bastando que sólo se haya descubierto ó encontrado la cosa, según la Ley 1.ª, párrafo 1.°, lib. 41 Dig., diremos que se ha adquirido la propiedad de aquellas cosas por la ocupación de las mismas, que es otro de los medios de adquirir el dominio, según la Inst., párrafos 12, 17 y 18 de *rer divis et adq. ipsar dom.*, tít. 1.°, lib. 2.°.

Conforme con el segundo apartado del art. 609 del Código civil la propiedad y los demás derechos se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testamentaria é intestada, por consecuencia de ciertos contratos, mediante la tradición ó cuasi tradición algunas veces y por la prescripción; existiendo además en Cataluña la forma especial de donación y heredamiento uni-

versal en capítulos matrimoniales de todo lo que trataremos con la extensión debida en sus lugares oportunos.

El art. 610 comprende las cosas cuyo dominio se adquiere por la ocupación, y como no pueden ser otras que las comprendidas en la definición de aquel modo de adquirir que antes hemos expuesto, de aquí que sólo las cosas susceptibles de apropiación, pero que á nadie pertenecen ,y aquellas que han sido abandonadas, son las que se adquieren por ocupación, debiendo tener en cuenta que ya por derecho romano se atribuía este último carácter á los tesoros ocultos de los que no existía memoria, basándose en él los preceptos contenidos en la Ley 31, párrafo 1.°, Dig. de *adq. rer. dom.* Ley única *Cod. de Thesaur*, párrafo 39, Inst., tít. 1.°, lib. 2.°, Ley 63, pr. Dig. de *adq. rer. dom.*, de que, *Thesaurus cujus non existat memoria a nobis in loco nostro sine artibus magicis inventus, nobis adquiratur. In loco alieno sive privato sive publico fortuito inventus, ex dimidia parti inventori ex dimidia domino cedit.* Estos mismos preceptos estaban contenidos en el art. 1.° de la Ley de 16 de Mayo de 1835, que por su observancia general había uniformado el derecho en España; como uniforme es hoy la doctrina que regula el derecho de caza y pesca, que por regirse por leyes especiales que el Código Civil restablece en su art. 611, y ser estas leyes especiales de observancia general, debe entenderse que subsisten en su fuerza y vigor para las regiones aforadas al igual que antes de la publicación del Código, porque con éste no han sido derogadas; por esto decíamos antes que el tít. V, lib. 1.°, vol. 1.° de cazar y pescar estaba derogado por la precitada ley de Caza y pesca á que hace referencia el art. 611 de nuestro Código.

Al ocuparse el art. 612 del derecho que tiene el propietario de un enjambre de abejas de perseguirlo en fundo ageno, ha tenido en cuenta la índole especial de dichos animales, de conformidad con el mismo derecho romano, que si bien dice son fieros los animales que vagan libres y que no son ocupados sino con la fuerza, lo que tiene lugar en las abejas, como estas por otra parte tienen costumbre de volver á los vasos donde fabrican sus panales, las supone aquel derecho como amansadas, según los párrafos 14 y 15, tít. 1.°, lib. 2.° de la Instituta, y partiendo de dicho supuesto no hay duda que debe admitirse que son susceptibles de *usucapir*, lo que no tiene lugar en las fieras que son *nullius* y no puede dejárselas un momento en libertad; por ello es que estando conforme el Código con tales principios concede la reivindicación del enjambre á su dueño mientras que con actos exteriores, como los de la persecución, indique que no las ha abandonado, queriendo que esta persecución sea desde luego y continuada, pues si por el corto plazo de dos días no la verifica ó la suspende, teniendo en cuenta lo antes expuesto de la especialidad de aquellos animales puede el poseedor retenerlos. De suerte que el Código no se contradice con los preceptos romanos que rigen esta materia en Cataluña y como cuando éstos sean deficientes, regirá el Código como supletorio, creemos que el ar-



tículo 612 debe aplicarse en este país como en los demás aforados por su relación con la doctrina romana, contenida en los párrafos 12, 14, 15, tít. 1.º, libro 2.º, Inst., y Ley 3.ª, párrafo 1.º, Dig. *de adq. rer dom.*

No podemos decir otro tanto de las palomas, conejos y peces, de que habla el art. 613, puesto que las primeras que están en las mismas condiciones, sino en mejores que las abejas, respecto á la costumbre de volver por regla general al palomar, creemos que, de conformidad con la ley Romana, en Cataluña podrán reivindicarse lo mismo que las abejas las palomas, habiendo por tanto divergencia de doctrina entre nuestro derecho común y el foral catalán.

Las demás disposiciones de este título no se oponen tampoco á cuanto previene el derecho romano en esta materia.

MALLORCA

No hemos de repetir lo que hemos dicho, que escasísimo es el derecho que podríamos llamar indígena de las Islas Baleares, pues aparte las *Ordinations y summari dels privilegis, consuetuts y bons usos del Regne de Mallorca*, cuya compilación que es debida al notario Antonio Moll y fué publicada en 1663, consta de catorce capítulos, sabido es que por Jaime II se ordenó que rigieran en aquel país los Usages y Constituciones de Cataluña, reconociendo además como supletorio el mismo que lo es del derecho catalán.

En dichas *Ordinations* no hay más disposiciones referentes á la ocupación como medio de adquirir que dos, sobre caza y pesca: *Cascú pot caçar liberament en fo del feu.—Cascú pot pescar liberament en la mar.* Esto es, que cada uno puede cazar libremente en terreno propio y pescar en el mar, y como respecto á esta materia tenemos disposiciones de observancia general, de aquí que haya cabido á aquellas dos disposiciones la misma suerte que al título 5.º, libro 1.º de las Constitucioues de Cataluña ó sea la derogación.

De manera, que cuanto respecto á ocupación se lleva expuesto al tratar de Cataluña debe darse por reproducido aquí, ya que ambas regiones han seguido la misma suerte, y puede decirse cuentan con el mismo derecho, salvo las poquísimas variantes que se consignan oportunamente.

NAVARRA

En esta región la ocupación propiamente tal, como la invención y hallazgo, se rigen por la doctrina contenida en el derecho romano, que ya llevamos expuesta, por lo cual no la repetimos, dedicándose tan sólo el fuero, con alguna extensión, á regular la caza, que no deja de ser uno de los medios de ocupación.

El cap. 1.º, tít. 10, lib. 5.º del Fuero, trata de la caza del ciervo, declaran-

do que pertenece al primero que le hiere, la cabaza con el pescuezo y si la hiriera con lanza ó saeta hace suyo el cuero y mitad de la carne, perteneciendo la otra mitad al que lo mata.

En el propio tit. 10 dedicado á regular la caza, vemos que se establece diferencia entre la caza menor y la mayor, que asi como ésta cuando uno la levanta y otro la mata habiéndola herido el primero, la reparten, en la caza menor pertenece por entero al que la ha levantado si le persigue, por más que otro la mate ó se apodere de ella por encontrarla muerta. En el capitulo 4.° de dichos titulo y libro del Fuero Navarro se prohibe preparar lazos á las palomas en la distancia que marque la sombra del palomar cuando el sol esté más lejos, castigándose la infracción de este precepto, como al que entrare en palomar ajeno, porque las palomas se consideran de dominio particular mientras no recobren su libertad hasta perderlas de vista, y como esta poca precisión ofrecía sus dificultades, vino la Ley 3.ª, tit. 7.ª, lib. 5.° de la Novísima Recopilación dada en las Córtes de Pamplona de 1551, que prohibió tirar á las palomas con arcabúz y escopeta con perdigones, como tomarlas con redes, lazos ú otros ingenios, mandando que se las tire solo con pelota ó con ballesta y aun á una distancia de media legua del palomar; indicándose con esto, que sólo cuando dichas aves por su alejamiento demostraban habian perdido la querencia al palomar, se presumia que habian vuelto á su estado primitivo. Hay aun más, que según la Ley 4.ª de aquel mismo titulo si fueren palomas domésticas no puede tirárselas en ningún tiempo ni lugar ni con género alguno de armas.

Lo que de una manera especial regula el Fuero de Navarra es la ocupación referente á enjambres de abejas, conteniéndose en la Ley 1.ª, tit. 8.°, lib. 5.°, publicada en Tudela en 1558, varias disposiciones que no dejaron de revestir importancia. Según dicha Ley no podian edificarse abejeras ó colmenares á menos distancia de 200 varas donde ya hubiere, ni poner vasos de ventura á la redonda de ningún colmenar antiguo, salvo si éste hubiese estado vacante por término de veinte años. Decia también, que si algún dueño de colmenar fuere en seguimiento de enjambre de sus abejas y se metiere en vasos de otro particular pueda tomar el tal enjambre con su vaso para si, sin ningún impedimento, con tal que dentro del mismo dia vuelva otro vaso bien aderezado al agujero, avisando al dueño del vaso ó pagándolo á su satisfacción; pero esto se entiende con tal que siguiere el enjambre y no lo pierda de vista, perdiendo el derecho en otro caso.

«Si algún habitante siguiere enjambre que no sea de sus abejas y se encontrare un vaso de otro ó en heredad cerrada, pierde el derecho á tal enjambre.»

«Si algún enjambre saliere del colmenar ó vaso particular y se metiere en heredad cerrada siguiéndole el dueño, sea suyo, sin parte alguna del dueño de la heredad.»



«Ninguno puede tomar enjambre á la redonda de ningún colmenar en espacio de 200 varas sin perjuicio del dueño. La distancia se mide desde la mitad del colmenar á la redonda.»

«Los agujeros hechos para vasos de ventura, si estuvieren dos años vacantes sin vasos, cualquiera los pueda ocupar.»

Estas disposiciones como la de prohibir el establecimiento de colmenares en parajes que no disten cien pasos de los caminos reales dentro de viñedos, y á menos distancia de 400 pasos de éstos, son evidente prueba de que el Fuero Navarro apreció en mucho el elemento de riqueza que la agricultura representa, tratándola con una detención digna de imitar, y distinguiendo á las abejas para los efectos de la ocupación y reivindicación de los animales fieros.

Por otra parte los preceptos no menos extensos referentes á la caza que el Fuero Navarro contiene, perdieron su vitalidad con la promulgación de la Ley de caza de 10 de Enero de 1879 que unificó el derecho en esta materia.

VIZCAYA

No se distingue esta región de las demás aforadas, respecto á contar entre sus modos de adquirir la propiedad de las cosas, la ocupación propiamente tal, la invención ó hallazgo, y la caza y pesca, y como á parte de estas últimas respecto á las que contiene algunos preceptos el Fuero, tanto la ocupación como la invención ó hallazgo se regulan por las Leyes romanas, cuyo texto excusamos repetir de sobrado sabido, omitimos tambien consignar los preceptos forales que regulaban la caza, toda vez que les cupo igual suerte que á los de Navarra con la publicación de la repetida ley de caza.

LA DONACIÓN ANTE EL DERECHO FORAL

ARAGÓN

Escusamos decir que la noción que todas las regiones aforadas tienen de la donación, es la misma que en el Código civil se contiene, consistente en un acto de liberalidad por el que una persona capaz dispone gratuitamente de una ó varias de sus cosas en favor de otra; y que las mismas clases de donaciones que encontramos reguladas en el derecho común tienen vida propia en los fueros, y aun con mayor extensión en algunos. Asi el Fuero Aragonés distingue entre donaciones *intervivos* y donaciones *mortis causa*, con regulación peculiar á su distinto origen, en lo cual vemos que no existe latente contradicción con las disposiciones contenidas en el primer capítulo, tit. 2.° de nuestro Có-

digo civil, salvo empero en la contenida en el art. 623 en relación con el 629 que dicen, éste último, que la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación; y el primero, que la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario: respecto á cuyos preceptos nada dispone expresamente el Fuero, si bien que por lógica deben admitirse, máxime cuando en los fueros se regulan las donaciones *intervivos* por las reglas de los contratos, y sabido es que el consentimiento es elemento integrante para la perfección de todos ellos, no siendo otra cosa en la donación la aceptación que el consentimiento del donatario, confirmando la liberalidad que se le hace: y decimos salvo empero en aquellas prescripciones, porque si bien sea presumiéndose esa aceptación por parte del donatario, ella implica siempre términos hábiles para que pueda tener lugar, esto es aptitud, y capacidad en dicho donatario aceptante; y esta capacidad no existe en la donación que sancionan las Observaciones 3 de *Pignor* y 17 de *Donat*, hecha de todos los bienes por los padres á sus hijos aun siendo impúberes, relevándoles de pagar las deudas, á no ser que en su garantía estuviesen especialmente hipotecados aquellos bienes, no generalmente: porque sabido es que aun reputándose mayores de edad á los 14 años cumplidos, antes de esta edad no podian contratar estableciéndose aue el mayor de 14 años menor de 20 soltero no podia donar, según el Fuero único *ut minor 20 annor*.

Conforme con la disposición del art. 624, pueden donar los aragoneses que tienen capacidad para disponer de sus bienes entre vivos ó por testamento, que son el mayor de 14 años y menor de veinte casado, y el mayor de esta edad en cualquier estado. El menor de edad que no es casado ni ha cumplido veinte años puede donar con el conocimiento de los padres ó con la autorización del Juez, según el Fuero único *ut minor* y el de las obligaciones de los menores dado en 1585.

No se contraria tampoco con la doctrina del Fuero Aragonés la contenida en el art. 625 del Código, ya que en él se establece que pueden aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley.

En Aragón, para que la donación entre vivos sea válida, exige el Fuero 3.° de *Donationibus*, que no se haga en perjuicio de los acreedores, y que se insinúe si excede de 500 sueldos ante cnalquier Juez ordinario; previniendo el Fuero 3.° de *Fide instrum* y Observaciones 6, 7 y 8 de *Donat.* que la de bienes inmuebles se haga en instrumento público y con fianza de salvedad, preceptuando la Observación 11 que el donante no puede constituir fianza de salvedad; mas tal principio general de insinuación tiene las excepciones que en el mismo Fuero 3 de *Fide instrum.* se consignan, respecto á las donaciones hechas por causa de dote ó en contemplación de matrimonio, en capitulación matrimonial y las hechas por los Reyes, príncipes y Religiosos. Además, según algunos tratadistas de derecho Aragonés, entre ellos Molino, Pórtoles, Franco

y otros, tampoco necesita insinuarse la donación hecha por causa, la simple promesa, que equivale á una especie de la donación, la renumeración de derechos, y la donación remuneratoria.

No hay necesidad de la tradición para transferir el dominio de la cosa donada, no perjudicando al donatario la posesión continuada con posterioridad por el donante: Obs. 15 de *Donat*; pero sí, que, si reteniendo el donante los bienes raices donados, los enagenare y el donatario no reclamare dentro del año en que tuvo lugar tal enagenación, pierde el derecho á ellos, según el Fuero 2.° de *Colus deteg.*

Según el Fuero 4.° de *Donat*, es válida la donación de todos los bienes habidos y por haber, hecha á çualquier persona, si bien que podrá invalidarse á instancia de los hijos del donante, más si les hubiese señalado alguna cosa y la donación fuese en favor de alguno de dichos hijos podia otorgarla concediéndose empero á los hermanos del donatario, el derecho de impugnar la donación de muchos bienes sitios hecha por su padre á su hermana, siempre que sea en perjuicio de la parte que de dichos bienes les corresponda, reservándose este derecho solo á los hermanos y al acreedor con obligación especial, conforme á las prescripciones de las Obs. 2 y 9 de *Donat.*

Preceptúa la Obs. 1.ª de *Donat* que la donación hecha á un hijo por causa de matrimonio, aunque sea muy cuantiosa, no es colacionable si los donantes no lo dispusieren. Por la Obs. 8 del mismo título puede el padre donar aún contra la voluntad de su esposa, á sus hijos solteros una cantidad igual á la que hubiese dado en dote al hijo ó hija que anteriormente hubiese casado; pero el cónyuge sobreviviente solo puede hacer la donación anterior de los bienes comunes, con tal que á los demás hermanos les quede una parte igual, poco más ó menos, con arreglo á lo prevenido en las Obs. 12 de *Donat* y 15 de *Jure Dot.*

Previene la Obs. 25 de *Jure Dot.* que sea nula la donación de bienes muebles que el marido hiciera á su mujer; si bien que por la Obs. 5.ª de *Donat.* puede el marido donar entre vivos ó en testamento todos ó parte de sus bienes á su mujer, y viceversa ésta á aquél, sin el consentimiento de sus parientes, excepto cuando dichos bienes constituyan la dote ó el axobar, en cuyo caso exige la Obs. 1.ª de *Jure Dot.* el consentimiento de dichos parientes.

La donación de todos los bienes habidos y por haber hecha por el varón antes de contraer matrimonio, no perjudica á la mujer con quien casare ni se extiende á la parte de bienes correspondientes á ésta; Obs. 19 de *Donat.*: según la Obs. 10 del mismo título, hecha donación á un padre y á sus hijos juntamente todos adquieren á la vez y no sucesivamente, y si la donación fué mediante condición, la falta de cumplimiento de ésta, por parte de alguno de los donatarios, perjudica á todos; determinando también la citada observancia 10 de *pig.* que es válida la donación de cierta cantidad á cuyo pago obliga el do-

nante algunas fincas que entrega al donatario para que las tenga en su poder y perciba sus frutos.

La donación de bienes sitios hecha por causa de muerte con fianza de salvedad es irrevocable, como la entre vivos, conforme lo prefijan las Obs. 7 y 18 de *Donat.*

Respecto á revocabilidad de donaciones, vemos se distingue el derecho Aragonés del común derecho según algunos tratadistas, Lisa y Portoles entre ellos, que sostienen que la ingratitud no es causa de revocabilidad en Aragón; que la donación hecha á un ausente en instrumento público, no puede revocarse si no ha sido aceptada, que por el nacimiento de hijos al donante se revocan las donaciones, aun que se hubiesen hecho en favor de algunas iglesias; y que rescindida una donación, el donatario debe restituir los bienes con los frutos producidos.

CATALUÑA

La donación, que no es otra cosa que una enajenación por título lucrativo, según la Ley 1.ª Dig. de *Donat.* tít. 5.º, libro 39, se regula, en cuanto á sus principios generales, por las disposiciones romanas en Cataluña; si bien que en las varias formas que esta liberalidad se presenta ofrece alguna especialidad con derecho propio de las que trataremos, sujetándonos al método establecido por el Código, con la debida extensión en el libro 4.º.

Atendiendo á su origen, diremos que la donación se verifica por mera liberalidad, por causa ó por temor de muerte, y por ocasión ó en atención á algún matrimonio, ó sea, simplificando más, donación entre vivos y donación por causa de muerte ó *mortis causa.*

Defínese en Cataluña la donación entre vivos siguiendo las doctrinas romanas, como el hecho voluntario por el que el donante dá y trasmite gratuitamente y por mera liberalidad al donatario, el derecho que tiene en la cosa donada. Leyes 1.ª y 29 *Dig.* de *Donat.* tít. 5.º, lib. 39; pudiendo empero el donante imponer al donatario cualquiera condición mientras ésta no sea contraria á la naturaleza de la liberalidad y sea de las permitidas por la ley; y tanto es asi que la falta de cumplimiento de la condición, aun siendo independiente de la voluntad del donatario, dá derecho al donante para revocar aquélla, conforme preceptúan la Ley 3.ª, tít. 5.º, libro 39, *Dig.* de *Donat.* y la Ley 1.ª, tít. 55 Cod. de *donat. que sub mod.*: sin embargo no deben confundirse las condiciones impuestas, con la causa impulsiva de la donación, porque ésta es irrevocable, aun cuando dicha causa impulsiva no hubiera podido tener efecto; asi se deduce cuando menos del texto de la Ley 3.ª, tít. 5, libro 39 del Digesto, al decir que debe distinguirse si las donaciones fueron por causa de donar ó con alguna condición; si por causa de donar cesa la repetición, si con alguna condición se puede repetir lo que se dió.

Para la perfección de una donación se requiere también en Cataluña como lo establece este Código, la aceptación del donatario verificada por sí ó por otro en su representación, según la Ley 10, Tit. 54, lib. 8 Cód. de *Donat.* y Ley 19, párrafo 2, tít. 5, lib. 39 Dig. de *Donat*, pues mientras esta aceptación no conste puede el donante arrepentirse, bastando cualquier acto que demuestre su contraria voluntad, destruyendo por completo la donación si al fallecimiento del donante no se hubiese aceptado, ó no le constase dicha aceptación; Ley 2, párrafo 6, tit. 39, lib. 5 Dig de *Donat* y Ley 8 Cód. de *Oblig. et act.* Opinan algunos autores catalanes, entre ellos Cancer, que la disposición de los bienes en general hecha por el donante antes de la aceptación del donatario, no basta para estimarla como acto de revocabilidad de aquella donación.

Queda consumada la donación con la entrega de la cosa donada, teniendo fuerza de tal entrega la reserva del usufructo, leyes 28 y 35, párrafo 5.°, tit. 54, libro 8.°, Códig. de *Donat*, y está en derecho el donatario para obligar al donante dicha entrega de la cosa, si la retuviera, no obstante la aceptación, con arreglo al precepto de la última de estas leyes.

La aceptación puede ser expresa y tácita, constituyendo ésta la toma de posesión por el donatario de la cosa donada, la ejecución de actos posesorios y la presencia al acto del otorgamiento: decimos la ejecución de actos posesorios, porque sabido es que en las enagenaciones de todo género de inmuebles, el transferente se desprende manifiestamente de la posesión para que se constituya mientras tanto poseedor en nombre del adquirente el Notario autorizante, quien además en Cataluña estaba autorizado para aceptar las donaciones por los que no intervienen en el otorgamiento (1).

Por la Const. 1.ª del libro 8.°, tit. 9, vol. 1.° de las de Cataluña, que la forma el cap. 41 de las terceras Cortes celebradas en Barcelona por Fernando II el año 1503, se previno que para cortar fraudes en las donaciones debían registrarse así las universales como las que excedieran de quinientos florines (1), en las respectivas curias, no siendo válidas sino desde la fecha de dicho registro ó insinuación, exceptuándose las hechas por causa de matrimonio, las hechas al Soberano, las hechas para la redención de cautivos, las que se destinan para la reedificación de un edificio arruinado y las hechas por un jefe militar para recompensar los servicios de sus subordinados, según las leyes 34 y 36, tit. 54, lib. 8.° del Código Justinianeo; no obstante, la excepción compren-

---

(1) En resolución reciente de la Direccion General de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado, se declaro inscribible cierta donación que se había denegado por aceptar el Notario, ratificada que fue dicha aceptación por el interesado en escritura aparte.

(2) Cada florín equivale á 17 sueldos catalanes ó sean nueve reales dos maravedises vellón, pero comunmente se conceptua en 2 pesetas 50 céntimos.



dida en último lugar, creemos que hoy no debe mencionarse por haber caído en desuso. Según dicha Constitución, cuya doctrina viene confirmada en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas las de 11 de Junio y 11 de Julio de 1862, 15 Marzo del 69, 29 Diciembre de 1870 y otras, son nulas las donaciones universales ó que excedan de 500 florines, no insinuadas; ni tienen valor en perjuicio de los acreedores las insinuadas dentro los diez días antes de contraída la deuda, sino que deben haberse insinuado antes de dichos diez días: asimismo es nula, según la propia Constitución, toda donación ó renuncia de algunos bienes ó derechos, hecha por el menor de 20 años á favor de aquel bajo cuya potestad estuviere, *así como de tutor, curador ó en otra manera... á no ser que fuese hecha y firmada con voluntad y consentimiento de tres parientes más inmediatos de parte de padre y madre* si pudieren ser habidos; en otra manera de tres personas ó de parte de padre tan solamente, ó de parte de madre del modo que puedan ser encontrados y en falta de los susodichos, de tres amigos más allegados, y que además del consentimiento interviniere autoridad y decreto del Juez y juramento del que hiciere la donación.

Las donaciones pueden ser puras ó simples ó bajo cierto modo ó condición ó á cierto tiempo, y así se deduce de las cinco Leyes que componen el título 55, libro 8.º del Código Justinianeo, la primera de las cuales preceptúa que hecha una donación con el pacto de que el donatario preste ciertos alimentos, en dejándose de cumplir tal pacto tiene el donante la acción útil reivindicatoria, además de la personal.

Pueden ser objeto de donación todas las cosas que pueden ser enajenadas, pueden donar sólo aquellos que pueden enagenar libremente, y pueden recibir por donación todas las personas capaces para adquirir; sin embargo, el tít. 9.º, libro 2.º, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña, por el epígrafe que lleva de «Que no sea lícito ceder ó transferir alguna cosa á personas más pudientes» se comprende que contienen sus tres leyes, que lo componen algunas limitaciones referentes á donaciones; y así la Ley 1.ª, dada por Pedro III en las Cortes de Monzón el año 1363, establece que deben observarse en Cataluña las disposiciones romanas que prohiben hacer cesiones á persona más poderosa: la 2.ª Ley de dicho título, Capítulo 14 de las Cortes de Monzón de 1537 prohibe dar, ceder ó transferir la instancia de querella, y la 3.ª de dichas Leyes dada por Felipe, lugar teniente de Carlos, en 1553 que forma el capítulo 18 de las Cortes de Monzón en dicho año, previene que cualquiera persona que de palabra ó en escrito hiciere donación de derechos y acciones á acriminados, bandidos y malos hombres de partido, á fin de que éstos con desafíos, amenazas ó de otra manera logren y consigan lo que se les ha donado, *ipso facto* quede privado del derecho que tuviese en las cosas donadas, sin que de ello pueda hacerse mérito alguno en juicio; y los derechos y acciones los adquieran los que ya poseyeren ó cuasi poseyeren las cosas comprendidas en la donación, ó los

que estaban obligados á los expresados derechos y acciones, etc. Además, las dos leyes del título 6.°, libro 8.°, volumen 1.° de dichas Constituciones de Cataluña y el Usage *Cum in contentione*, del mismo título, prohiben dar, enagenar y traspasar las cosas y las acciones litigiosas.

No obstante, la regla general de irrevocabilidad de las donaciones entre vivos, en Cataluña tiene la misma algunas excepciones, que son las contenidas en el derecho romano, Ley 10, tit. 56, lib. 8.°, Cod. *de revoc. donat*, á saber, si el donatario fuera reo de ingratitud ó de injurias atroces hacia el donador, tales como la de haber puesto sobre él sus manos impías, ó haberle causado maliciosamente grandes pérdidas, ó haber puesto su vida en peligro, ó no cumpliendo las condiciones bajo las cuales se hizo la donación consten ó no por escrito si el donatario las aceptó.

MALLORCA

En bien poco se separan las islas Baleares, en cuanto al derecho civil del foral catalán, teniendo los mismos supletorios que éste por regla general; de aquí que en materia de donaciones podamos afirmar que es una misma la legislación, salvo que por la Orden 67 se preceptúa que ningún Notario autorice donación sino plenamente cerciorado de que el donante tiene propósito de hacerla, según se deduce del siguiente texto. *Nullus notarius audeat nec de coetero praesumat aliquam donationem mortis causa vel intervivos de quibuscumque bonis seu rebus... nisi notarius ipse vel testes intalibus donationibus et procuratoribus adhibendi, qui omnius sint noti, evidenter ipsi notario plenam habeat notitiam de personis valentibus dictas donationes facere*; de cuyo texto parece así mismo debe colegirse que todas las donaciones deben hacerse por escritura, *de quibuscumque bonis seu rebus...*

Otra de las diferencias entre el derecho Mallorquín y el foral y común, es que las donaciones que en estos derechos son ¡nulas sin insinuación, en Mallorca surten sus efectos si se ha renunciado á la ley que exige este requisito; así decía el texto que *Donationes possunt fieri per quoscumque sine insinuatione judicis... Si tamen donator renuntiaverit legi dicenti donationem non valere excedentem summam qumgentorum aureorum sine insinuatione.*

NAVARRA

Regulan la materia de donaciones en Navarra las disposiciones contenidas en el tit. 4.° del lib. 2.°, y en el tit. 19 del lib. 3.° de su fuero; y así el Cap. 1.° del citado tit. 19, lib. 3 °, establece que es válida la donación de una heredad ó mueble hecha por los padres á uno de sus hijos; pero si comprendiera dos heredades no debe valer tal donación más que en cuanto á una de ellas, enten-

diéndose esto respecto á los infanzones que pueden dar á unos hijos más que á otros. El cap. 2.° del mismo título y libro preceptúa que los villanos no pueden dar á un hijo más que á otro sino en casamiento, sino una viña ó una pieza para durante su vida y no para después de su muerte; pero de muebles y ganados pueden mejorarlos para todos tiempos.

Es irrevocable la donación hecha por el padre á alguno de sus hijos en mayor cantidad que á otros, con tal que la haga con arreglo á las dos leyes anteriores, según el capítulo 3.° del mismo título y libro, como lo es según éste la dada por el Rey á hijodalgo con escritura.

Son también irrevocables las donaciones que los hijos hicieron á sus padres, porque, según el capítulo 5.° del título y libro tantas veces mencionado, *Los hijos no pueden reclamar lo que dieren á sus padres ó gastaren en la casa paterna; si no hubiere convenio con fianzas ó testigos, ni padres, ni hermanos deben responderle, sino darle gracias, y con esto deben ser pagados según fuero de tierra».*

La Ley 2.ª, tít. 7.°, lib. 3.° Nov. Recop. de Pamplona en 1569, trata de la insinuación de las donaciones, declarando nula la hecha en adelante, que exceda de 300 ducados, si no lo fué ante Notario público y testigos y no se insinuó ante Juez competente, excepto las que se hicieren por razón de matrimonio ó de algún pleito pendiente, deduciendo los tratadistas del texto de la citada ley, que dicha donación es nula en su totalidad; mas como no por ello dejaba de haber opiniones contrarias que sostenían que sólo se anulaba en lo que excediera de los 300 ducados, vino la Ley 3.ª del mismo título que de una manera terminante preceptuó que las meras donaciones que excedieren de 300 ducados y no estuvieren insinuadas ni juradas, sean nulas y ningunas en todo, no sólo en lo que excedan, sino también en lo demás, por ser conforme á las palabras de la ley: y las que estuvieren hechas con juramento de los donadores y constare de él en las escrituras, valgan en todo, aunque excedan de los 300 ducados, y que lo uno y lo otro se entienda en los casos y donaciones, no sólo futuras sino también en las anteriores á la ley en que no hubiere litispendencia, y que valgan las donaciones que llegaren á los 300 ducados, como no excedan, aunque no estén insinuadas ni juradas; y que en adelante tengan los escribanos obligación de advertir á los donadores y donatarios que se hallaren presentes, al contratar y otorgar las escrituras de donación, las disposiciones de la ley, bajo cierta pena. Como por esta ley el juramento produce los efectos de la insinuación, ésta no se practica en Navarra, por bastar dicho juramento que ha venido á ser una cláusula de estilo.

VIZCAYA

El Fuero de esta región contiene varias leyes sobre donaciones en el título de las dotes, de las ventas y aun de las mandas que hacen referencia á las res-

pectivas materias, preceptuándose además reglas de aplicación general á todas las donaciones, como en la Ley 12, tít. 20, que se previene que las cosas que se donan ó venden se han de especificar ante escribano. *Si algun home ó muger hubiere muchas casas, ferrerias ó moliendas ó otros heredamientos y los quisiere dar ó donar ó vender ó enagenar á hijos ó á otra persona alguna, establecese, que lo tal haga en presencia de Escribano público nombrando en tal contrato la tal casa ó casas ó ferrerias ó moliendas que da ó vende por sus nombres y linderos especificadamente.*

Si diere casas con sus pertenecidos do no haya semejantes, ferrerias ó moliendas, en tal caso baste la generalidad que dá dona ó vende la tal casa y caseria con todos sus pertenecidos.

Lo mismo haya lugar y en la misma forma se den las cosas que el padre al hijo, ó hermano ó otras cualesquier personas dieren unos á otros en cuanto á los bienes raices.

Dentro de la tal generalidad se comprendan y se han visto comprenderse fueras y asentamientos de la Iglesia y otros cualesquier bienes raices pertenecientes á la tal casa y caseria.

La Ley 9, tít. 17, armonizando el usufructo del padre en los bienes de su hijo donatario, establece que éste no puede disputarle la facultad de *rozar* los robles si antiguamente hubieren sido *rozados*, en estando aptos para esta operación.

Proclama el principio de revocabilidad de las donaciones por causa de ingratitud del donatario, la Ley 22 tít. 34 que dice: *Establecian por ley, que si cualquier hijo ó descendiente ó pariente ó extraño, á quien padre ó madre ó otro alguno le haya hecho heredero ó donado todos sus bienes ó la mayor parte de ellos, pusiere manos airadas en el padre ó en la madre ó en aquel á quien le donó ó dotó lo suyo, ó cometiere otras causas de ingratitud por las cuales el derecho manda desheredar ó de negar alimentos ó revocar la tal dote ó donación; costando de esto y quejándose de ello el tal injuriado y ofendido, dentro de año y dia, pierda el tal hijo ó descendiente, parientes ó donatario, la tal herencia ó bienes que asi le fueron dotados y donados.—Con que el tal ofendido no le haya remitido ó perdonado la tal ofensa ó injuria al injuriador, asi como comiendo y bebiendo con él en una mesa, ó hablando amigablemente, ó por otros semejantes actos que inducen remisión y perdón, ó disimulación. Y que los tales bienes se vuelvan al tal donador ofendido ó injuriado.* De cuyo contenido se deduce que la acción de revocabilidad por ingratitud prescribe al año y dia, término dentro del cual previene la Ley que se ejerza por el donador, anulándose los efectos de la misma por el perdón del propio donador perdon que basta sea presunto como comiendo y bebiendo en una mesa ó hablando amigablemente donador y donatario.

Jurisprudencia.—Para mejor inteligencia de las teorías que acaban de exponerse, consignamos á continuación algunas de las más importantes y recientes sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia en materia de donaciones.

Donaciones en Çataluña.—Cuestión sobre calificación ó condición jurídica de una, hecha en capítulos matrimoniales, y apreciación del hecho relativo á si llegó el caso de necesidad que permite al donante disponer de los bienes objeto de ella.—*Jurisdicción voluntaria.—Hipotecas.*—Los asuntos que afectan á partes conocidas nò caben en la esfera de esta jurisdicción, ni por lo tanto la constitución de hipotecas sobre bienes ajenos en uso de reservas establecidas en un contrato.

14 *de Marzo de* 1888.—Doña María Vallés, madre de D. José Cardús, hizo á éste íntegra donación de sus bienes con motivo del matrimonio del mismo, aunque reservándose el usufructo de ellos y la facultad de gravarlos y enajenarlos caso de necesidad. Posteriormente la donataria, en la precisión de contraer segundas nupcias, renunció al usufructo en favor de su hijo; el cual se impuso la obligación de mantener en su casa y compañía á la donataria y al marido que ésta elijiera. Casóse en efecto con D. José Suñé, el cual, en unión de su mujer, dejó la casa y compañía de Cardús y solicitó después autorización, que le fué otorgada en acto de jurisdicción voluntaria, para hipotecar bienes de los donados á fin de asegurar la devolución de 48,830 pesetas, intereses y costas que el promovente tenía recibidas de su hermano D. Andrés. Como fundamento de su pretensión, alegó que Cardús maltrató á D.ª María y á su marido, no proveyó á las atenciones de los mismos y surgió la absoluta precisión de contraer débitos para cubrirlas, habiendo llegado el caso de necesidad prescrito en los capítulos matrimoniales y que invoca Suñé, como marido y curador ejemplar de D.ª María, que se hallaba incapacitada.

En uso de la autorización, otorgaron los hermanos Suñé escritura de préstamo é hipoteca; pero muerto Cardús, sus herederos demandaron á aquéllos para que se declarase nula la autorización, la escritura y la inscripción de ésta en el Registro de la propiedad, pues el caso de necesidad que sirvió de base á todos estos actos no había llegado, el compromiso contraído era ficticio y simulado, y la autorización no debió pedirse, ni otorgarse en acto de jurisdicción voluntaria. Sustanciada la demanda en dos instancias y estimada en difinitiva por la Audiencia de Barcelona, interpusieron los Suñé recurso de casación por conceptuar infringida la doctrina concerniente á la donación *sub modo, el principio pacta sunt servanda* y varias sentencias del Tribunal Supremo, la Ley 10, Códjgo *De donationibus,* tít. 54, lib. 8.°, según la que nadie dá ignorándolo ó contra su voluntad; la Ley 52, Dijesto. *De adquir. rerum dom.* tít. 1.°, lib. 41 y el principio jurídico *nemo dat quod nom habet* (motivo 1.° á 3.°); los artículos 20, 30, 2012, 2013 y 2014 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (motivo 5.°), y la regla de derecho que prohibe al enriquecimiento torticero

con daño ajeno (motivo 6.°). El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, siendo ponente D. Ricardo Gullón:

Considerando que son inaplicables á la cuestión del recurso la Ley y doctrinas citadas en los tres primeros motivos del mismo, porque no se trata de una donación *sub modo*, sino de la facultad de vender ó gravar los bienes que condicionalmente, ó sea para el caso de necesidad, se reservó D.ª María Vallés, al donar con deliberada voluntad de una manera absoluta é irrevocable todos los que poseía á favor de su hijo, transfiriéndole el dominio de ellos y sin hacer depender de ningún accidente ó acontecimiento futuro, la eficacia de la cesión; y porque al invocar como infringido el principio *pacta sunt servanda* se parte del supuesto de haberse acreditado que llegó el caso de necesidad, en que la donante podía ejercitar el indicado derecho, lo cual es contrario á lo que la Sala sentenciadora establece en relación á las diversas pruebas suministradas, en cuya apreciación no se ha demostrado, ni siquiera alegado, que exista error de derecho ó de hecho en la forma que prescribe el núm. 7.° del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que la sentencia no infringe los artículos de dicha ley que se citan en el motivo 4.°, ya porque los asuntos que notoriamente afectan á partes conocidas y determinadas no caben en la esfera de la jurisdicción voluntaria, y con mayor razón cuando, como sucedía en el expediente promovido por D. José Suñé, se pretendía llevar á efecto un pacto ó convención, ya porque los bienes gravados no pertenecían á la incapacitada D.ª María Vallés, sino á su biznieto el menor D. José Cardús y Miret, cuyo legítimo representante no intervino en la autorización concedida, que, si era beneficiosa para la incapacitada, perjudicaba gravemente al expresado menor:

Considerando que tampoco infringe los artículos de la Ley Hipotecaria citados en el motivo 5.°, pues que aun admitiendo que los recurrentes puedan invocar en su apoyo los preceptos relativos al derecho del tercero, cuyo carácter reconoce que tiene el heredero del donatario, es aplicable á este caso la excepción á que se refiere el art. 34, por estar inscrita con anterioridad la escritura de donación en que consta la limitación que para vender ó gravar los bienes se impuso la donante, y de consiguiente, por resultar del Registro la causa en cuya virtud se han anulado la autorización judicial, la escritura de préstamo con hipoteca y su inscripción en el mismo Registro:

Considerando respecto del motivo 6.°, que por no haberse contraido el préstamo para el menor D. José Cardús y Miret y por no haber percibido cantidad alguna, no es posible que se enriquezca con daño de otro. (Sentencia de 14 de Marzo de 1888.—*Gacetas* 2 y 5 de Junio, p. 267).

Pruebas en los juicios. — (*Error de hecho*: *Donaciones*). Casación de sentencia por error de hecho, consistente en no apreciar como prueba de la aceptación de una donación, la posesión de los bienes donados, el pago

de las contribuciones correspondientes á ellos por el donatario, etc., etc. (1.° de Octubre de 1888). — El canónigo de Santiago D. José Estanya donó intervivos la casa y quinta llamada Dos Ferreiros al Seminario de la diócesis, á nombre del cual aceptó la gracia el notario autorizante de la escritura, y dispuso el donante que se dijeran, muerto él, doce misas al año por su alma y se le rezase un responso al entrar en la finca. Muy poco tiempo después hizo donación de ella al arzobispo D. Miguel García Cuesta, y declarado heredero del mismo su sobrino D. Francisco Blasquez, interpuso éste demanda contra el Seminario que retenía los bienes donados, para que se le condenase á reintegrarlos al actor. Estimada en definitiva esta pretensión por la Audiencia de la Coruña, interpuso el rector del Seminario recurso de casación, porque en su concepto, al establecer la Sala sentenciadora como base de la nulidad de la donación de 12 de Diciembre de 1858 la no aceptación de la misma por el donatario antes de que se otorgase la de 2 de Julio de 1859, título en que la parte contraria ha fundado su demanda reivindicatoria, incurre en error de hecho en la apreciación de las pruebas, conforme al caso 7.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, que resulta de actos tan auténticos y demostrativos de la equivocación, como son: primero, el haber poseido y disfrutado el Seminario conciliar de Santiago la finca donada desde la fecha de la donación; segundo, el haber satisfecho las contribuciones impuestas á la misma finca desde aquella fecha; tercero, el hallarse en su poder los documentos originales de propiedad, que solamente han podido serle entregados por el donante ó por orden suya, según el contexto mismo de la donación; y cuarto, el haber cumplido sin interrupción las cargas piadosas que el donante tuvo á bien establecer; actos todos, que por hallarse probados, y no haber sido contradichos en el pleito, merecen la calificación de auténticos y son todos ellos, por su propia índole, demostrativos de la aceptación, circunstancia necesaria en tanto, en cuanto non puede home dar beneficio á otro contra su voluntad, conforme á la regla 24, título 34, Part. 7.ª.

Vistos, siendo ponente el Magistrado D. Francisco Soler, casa y anula el Tribunal Supremo la sentencia recurrida:

Considerando que al dar lugar la Sala sentenciadora á la demanda de D. Francisco Blasquez, y desestimar la excepción alegada por el Seminario conciliar, fundada en la escritura de 12 de Diciembre de 1858; ha incurrido en el error de hecho, expresado en el motivo 1.°, é infringido las leyes citadas en 3.° y 4.°, puesto que no ha apreciado como prueba de la aceptación de la donación los actos practicados por dicho Seminario, ó sean el pago de contribuciones correspondientes á los bienes donados, la posesión de éstos con los títulos de propiedad á favor del donante, y la celebración de doce misas impuestas según la escritura, no obstante que dichos actos, por su naturaleza, demuestran la voluntad del donatario y lo irrevocable de la donación, invalidando con ello todo acto posterior, ó sea la escritura de 2 de Julio de 1859 y haciendo procedente la casación:

Considerando que estimada válida la donación, queda reconocida la capacidad del otorgante como la de la aceptante, y en tal concepto, y casada la sentencia en lo principal, no hay para qué discutir ni resolver expresamente lo que es objeto del motivo 2.° (Sala 1.ª, Sentencia 1 Octubre 1885.—*Gaceta* 27 Diciembre, pág. 191).

Donaciones en Cataluña.—*Remuneratorias ó á cierta postura: Insinuación.*—Las donaciones remuneratorias ó á cierta postura no requieren insinuación para su validez, cualquier que sea su cuantía.

(8 *Octubre de* 1889.)—En pleito sobre nulidad ó rescisión de una donación no insinuada, recayó sentencia en dos instancias, declarando no haber lugar á la revocación del acto. El demandante interpuso recurso de casación, al cual declaró el Tribunal Supremo no haber lugar, siendo ponente D. José Balbino Maestre.

Considerando que la donación objeto de este pleito no es uno de aquellos actos de pura y simple liberalidad, que por ser ocasionados á fraudes y abusos, así las constituciones de Cataluña, como el Derecho Romano sujetan á la solemnidad de la insinuación, sino por el contrario constituye una remuneración de servicios con reserva del usufructo de los bienes donados durante la vida de la donante, con otros derechos y deberes recíprocos, viniendo á ser una donación de las llamadas á cierta postura, para cuya validéz y eficacia tiene declarado este Tribunal Supremo en numerosas decisiones, que no es necesario el requisito de la insinuación, cualquiera que sea su cuantía:

Considerando por lo expuesto que las Leyes y doctrina invocadas en los dos únicos motivos del recurso, son inaplicables al caso presente y no han sido infringidas por la sentencia recurrida. (Sala 1.ª, Sentencia 8 Octubre 1889. (*Gaceta* 21 y 23 Octubre, pág. 192).

Donaciones.—(*Inoficiosas: Insinuación ó probación judicial*).—Resol. de 16 de Noviembre de 1888, estableciendo que es inscribible la escritura de donación sin necesidad de que el donante acredite que no tiene herederos forzosos, y que no es necesario insinuación si el valor de lo donado no excede de 500 maravedís de oro.

(*Extracto*).—El presbítero D. Casimiro Meño donó fincas valuadas en 100 pesetas á José Cayetano Rodríguez y su madre; otorgando al efecto escritura, cuya inscripción denegó el registrador del Ferrol, por no justificarse si el donante tenía herederos forzosos y si cubría la donación, dada la cuantía de los bienes de aquél, y el no haber precedido insinuación.

Recurrida gubernativamente la anterior negativa, revocada por el Juez delegado y confirmada por el presidente de la Audiencia de la Coruña, la Dirección general la deja sin efecto por los fundamentos siguientes:

Vistas las leyes, 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. 4.°, de la Partida 5.ª:

Considerando que con arreglo á nuestra legislación civil, puede do—



nar el que tenga la libre disposición de sus bienes, y así la donación fuere inoficiosa, el único derecho que tienen los herederos forzosos del donante, es pedir, después de la muerte de éste, que el donatario les restituya el exceso de la donación para cubrir sus legítimas:

Considerando que de esta doctrina claramente se infiere que aun en el caso de existir herederos forzosos es válida la donación, pues depende su revocación de que redunde en daño de las legítimas, para lo que es preciso atender al valor de los bienes del donante al tiempo de su muerte.

Considerando que la circunstancia de no constar en la escritura de donación, si tiene ó no herederos legítimos el donador, no puede influir de modo alguno en la inscripción de aquella, porque la cuestión de validéz, única de interés para el Registro, no puede suscitarse durante la vida del donante, y mientras tanto hay que reconocer la eficacia del contrato con todas sus consecuencias.

Considerando que por idéntica razón carece el registrador de facultades para exigir, antes de inscribir una donación, que se le acredite que por su cuantía no es inoficiosa, dado que no cabe hacer tal calificación en el momento del contrato sino después del fallecimiento del donador:

Considerando que la calificación del Registrador de la propiedad del Ferrol ha debido sujetarse estrictamente á lo que resulta de la escritura de donación, y no constando en ella que ésta recae sobre todos los bienes del donante, y figurando las fincas que comprende con valor total de 100 pesetas, ni han podido reputar nula la donación por inmensa, ni exigir el requisito de la insinuación, que está reservado para aquellas donaciones que excedan de los 500 maravedís de oro. (Resol. 16 de Noviembre 1888.—*Gaceta* 3 Enero 1889).

Donaciones propter nuptias en Cataluña. (*Capitulaciones matrimoniales*).—Eficacia de las cláusulas á que se somete la donación *propter nuptias* y destino de los bienes en que consiste, con arreglo á la voluntad del donante.—Interés del capital. (Usufructo).—Condena al pago de intereses cuando terminado el usufructo se demora la entrega de los bienes al propietario.

(15 Diciembre 1888).—Con motivo del matrimonio concertado entre don Pablo Casellas y doña Ana Ginestar, se otorgó escritura de capitulaciones, por la que la esposa constituyó dote inestimada en una casa y otros diferentes bienes, y el esposo en contemplación al matrimonio y por el amor que profesaba á su prometida, la hizo donación *propter nuptias* de 15.000 libras, las cuales, juntamente con la dote, consignó sobre todos sus bienes, autorizando á doña Ana para disponer libremente de la suma á condición de que, en caso de existir prole de aquel matrimonio, debía disponer de ella á favor de la misma, en el modo y forma que mejor le pareciera; pero, en el caso de no existir prole alguna, podría disponer de las 15,000 libras á favor de quien le pareciera... Doña Ana



otorgó testamento nombrando heredero usufructuario á D. Pablo Casellas, y en propiedad á su hijo David, de quien designó como sustituto á don Ramón Ginestar.—Muerta doña Ana, y después y á la edad de dos años su hijo David, se presentó Casellas en concurso, é hizo cesión de bienes á los acreedores, que procedieron á la venta del caudal del concursado. Durante el juicio falleció también Ginestar, dejando por heredero á D. Eduardo Grau, el cual entabló contra la sindicatura del concurso demanda sobre entrega de bienes, que en definitiva fué estimada, condenando á la Audiencia de Barcelona á la parte demandada á satisfacer al actor la cantidad de 15.000 libras, equivalentes á 40,000 pesetas, razón de la donación *propter nuptias* que hizo D. Pablo Casellas á su consorte doña Ana Ginestar, así como el importe que hubieren tenido al ocurrir el fallecimiento de dicho Casellas la casa número 3 de la calle de Sallent, de aquella ciudad, y el de los efectos y alhajas aportadas en dote por la referida doña Ana Ginestar junto con los intereses, á razón del 6 por 100, desde la fecha del indicado fallecimiento.

Don Ignacio Balansó, síndico único del concurso voluntario de don Pablo Casellas, ha interpuesto recurso de casación, por haberse infringido, á su juicio:

1.° En cuanto al pago de las 15.000 libras de la donación *propter nuptias* ó esponsalicio, la Constitución 2.ª, tít. III, lib. V, vol. 1.° de las de Cataluña, según la cual disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, la propiedad del esponsalicio pertenece á los hijos; la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada entre D. Pablo Casellas y doña Ana Ginestar... y la Constitución 2.ª, tít. II, lib. VI, vol. 1.° de las citadas de Cataluña... 2.° La doctrina legal, según la que la sustitución no puede hacerse extensiva á bienes no comprendidos en ella... 3.° Las leyes 1.ª del Digesto *De Pactis*, el principio de derecho *pacta sunt servanda*, la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en los fallos de 28 de Abril de 1858 y de 7 de Febrero de 1870, según la cual los contratos de capitulaciones matrimoniales son en Cataluña de naturaleza irrevocable si los contrayentes no se reservan de un modo expreso la facultad de modificar ó alterar sus cláusulas, y el principio legal inconcurso de que lo estipulado en un contrato entre vivos no puede ser destruído ni modificado por un acto de última voluntad... 4.° Las leyes 4.ª, Digesto de *Vulgari et Pupillari*; 4.ª del Código *De Impuberum et aliis sustitutionibus*, y 5.ª, tít. V Part. 6.ª, citadas en la sentencia, y el párrafo de la Instituta de Justiniano *De Pupillari sustitutione*, y la ley 8.ª, Código *De Vulgari et Pupillari sustitutione*... 5.° Las mismas leyes citadas en el número anterior, y la 2.ª y 41 párrafo segundo del Digesto *De Vulgari et pupillari sustitutione*... 6.° Por consecuencia, el principio de que nadie puede transmitir á otro derechos que no tiene... 7.° En cuanto á la sentencia condenaba al pago del valor de la casa de la calle de Sallent y de los efectos y alhajas, el axioma de derecho de que nadie está obligado á devolver lo que no ha recibido ni á pagar lo que no debe...

8.º La doctrina legal establecida en sentencia de 8 de Febrero de 1847, según la que no puede exigirse el cumplimiento de una obligación ni tiene responsabilidad aquel que no la contrajo, ni es sucesor ni causa habiente del que lo hizo... 9.º La misma doctrina legal citada en el número anterior, toda vez que las sentencias recurridas hacían responsable al concurso de la venta de la casa de la calle de Sallent... Y 10.º En cuanto se condenaba al abono de intereses legales del valor de dicha casa, efectos y alhajas desde la muerte de D. Pablo Casellas, el principio legal según el que no puede condenarse al abono de frutos de una casa, ni al pago de intereses de un capiial, á quien no había recibido la casa ni el capital...

Siendo ponente el magistrado D. José María Alix, declara el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso:

Considerando que lo pactado en unas capitulaciones matrimoniales es por su naturaleza irrevocable:

Considerando que en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por D. Pablo Casellas al contraer matrimonio con D.ª Ana Ginestar, hizo á ésta donación propter nupcias de 15.000 libras, facultándola para que dispusiera ella libremente sino existiera prole, y sólo en el caso de tenerla debería disponer á favor de la misma, en el modo y forma que mejor le pareciera:

Considerando que la sentencia recurrida, al condenar al pago de las 15.000 libras de que queda hecho mérito, no infringe las disposiciones legales y doctrina que se invocan en los seis primeros motivos del recurso, porque además de deber cumplirse lo estipulado por D. Pablo Casellas en la donación que hizo á su esposa D.ª Ana, aparece que ésta no hizo otra cosa al otorgar su testamento que usar de la facultad que le dió D. Ramón Ginestar, hermano de la testadora, por haber muerto á los dos años de nacido el hijo que ésta tuvo en su matrimonio:

Considerando que tampoco infringe la sentencia la doctrina que se alega en los motivos 7.º, 8.º y 9.º, porque al condenar al pago del valor de la casa de la calle de Sallent y del importe que tuvieran los efectos y alhajas aportados en dote por D.ª Ana Ginestar, de la manera que explica dicho fallo no hace más que mandar que se cumpla la escritura de capitulaciones matrimoniales, cuyas disposiciones quedaron garantizadas con los bienes de D. Pablo Casellas en la masa de los que ingresó el resto del precio de la casa vendida para pago de una cantidad que debió satisfacer el concursado, sucediendo lo propio con los efectos y alhajas:

Y considerando que nombrado D. Pablo Casellas heredero usufructuario, y concluido este derecho por su muerte, la restitución de la dote debe ser con los intereses desde el día del fallecimiento, una vez que, como se ha dicho, los bienes del marido quedaron responsables á su restitución, y en tal concepto, la sentencia recurrida, que condena á su pago, no infringe la doctrina que se invoca con este motivo lo del recurso.—(Sala 1.ª, sentencia 15 de Diciembre de 1888.—(*Gaceta* de 19 de Marzo de 1889, p. 97).

Donación.—(*Pruebas*). — Nulidad de una donación por no haberse insinuado ó aprobado judicialmente excediendo de 500 maravedís de oro, y rescisión por haberse otorgado en fraude de acreedores. — Diligencias ó actos que por no poder reputarse auténticos, no sirven para demostrar error de hecho en la apreciación de la prueba.

(31 de Diciembre de 1888).—El marques de Villanueva del Prado, sucesor inmediato en varios mayorazgos que á la sazón poseía su madre, renunció sus derechos á ellos en favor de D. Fernando de Nava, hijo del otorgante, el cual D. Fernando aceptó la renuncia.

A la sazón adeudaba el marqués cerca de un millón de pesetas, y ejecutado para el pago de esta suma, se le embargaron diferentes bienes, sobre los cuales propuso demanda de tercería D. Fernando de Nava.

El acreedor ejecutante se opuso á ella pidiendo que se declarase nula y rescindible la donación que envolvía la renuncia anteriormente descrita, por no haberse otorgado mediante insinuación ó aprobación judicial, no obstante exceder en su cuantía de 500 maravedís de oro y por haberse hecho en fraude de legítimos acreedores. Estimadas en todas sus partes estas pretensiones del ejecutante, interpuso D. Fernando recurso de casación por conceptuar que el fallo infringía: 1.ª La Ley 9.ª, tít. 4, Partida 5.ª: 2.º La Ley 7.ª, tít. 15 de la misma Partida: 3.ª Los arts. 23, 27 y 396 de la Ley Hipotecaria y jurisprudencia concordante. 4.º En este motivo alegó el recurrente que el fallo contenía disposiciones contradictorias, pues en él se declaraba nula y rescindible á un tiempo la escritura de 23 de Junio de 1877 y su aclaratoria de 23 de Agosto de 1878, cuando era doctrina legal corriente que la nulidad y rescisión en derecho son antitéticas y contradictorias, pues que la una supone la carencia absoluta de los requisitos esenciales del contrato, y la otra sólo podía recaer en contratos válidos, por más que no fuera justo consentir su cumplimiento, aparte que la declaración de nulidad de las referidas escrituras no había podido hacerse en estos autos aunque se hubiera pretendido, porque si el Tribunal estimaba que D. Fernando de Nava no estaba asistido de derecho en la demanda entablada, el fallo debía limitarse á declarar no haber lugar á la terceria, pero no extenderse á resolver la nulidad de los documentos en que se fundaba, privando así á esta parte de todo derecho á los bienes sin favorecer más el de los herederos de González Chaves, ó porque semejante declaración infringía la doctrina de que cuando las acciones ó las excepciones se funden en la nulidad del título ó del acto de donde nacen los derechos que se ejercitan, para obtener la declaración de su ineficacia es indispensable la de nulidad del acto ó título de que nace:

Siendo ponente D. José de Garnica, declara el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso:

Considerando que la declaración de ser nulas y rescindibles las escrituras de 23 de Junio de 1877 y 23 de Agosto de 1878 que hace la sentencia recurrida para absolver de la tercería, no constituye disposiciones

contradictorias que puedan ser causa de casación del fallo, pues éste, en realidad, consiste en la absolución de la demanda; y que tampoco hay contradicción en el concepto, porque dicha declaración se refiere á la nulidad de la donación en cuanto excede de 500 maravedís de oro y á su rescisión por fraude de acreedores, que han sido el doble fundamento de la oposición del ejecutante:

Considerando que por lo expuesto en el considerando que antecede, se demuestra que la absolución de la tercería, por la doble razón de la nulidad de la donación y la rescisión por fraude de acreedores, no influye la Ley 9.ª, tít. 4.°, Partida 5.ª, según la cual, vale la donación en lo que no exceda de los 500 maravedís de oro:

Considerando que la donación que produzca insolvencia del donante es revocable, con arreglo á la Ley 7.ª, tít. 15, Partida 5.ª, sin más requisito que la prueba de dicha insolvencia, que en el caso actual ha estimado la Sala según sus atribuciones, sin incurrir en el defecto que se le atribuye de haber decidido este punto de hecho sin prueba, pues la hubo, consistente en varios documentos y manifestaciones de las partes respecto de las deudas del donante, y en diversas tasaciones periciales y en declaraciones de riqueza hechas para los efectos tributarios respecto del valor de las fincas del mismo donante y sin incurrir tampoco en error que resulte evidente de documento ó acto auténtico, fuése el aprecio hecho de la aldea de San Nicolás y de sus aguas en la ejecución instada por D. Alonso del Hoyo, no es un dato decisivo por sí sólo para el efecto, sino un elemento de prueba que la Sala ha apreciado en conjunto con otros de análogo valor también aducidos:

Considerando que al estimar la Sala que no se ha probado que el ejecutante supiera antes de notificársele la admisión de la demanda de tercería, la donación hecha por D. Alonso de Nava á favor de su hijo el recurrente, no incurre en error que resulte demostrado por la diligencia extendida á continuación del exhorto librado al Juzgado de la Laguna en 3 de Marzo de 1884, y unido á los autos de su razon en 8 del mismo mes, pues la manifestación que en ella aparece hecha por D. Alonso al requerirle para que entregase los títulos de propiedad de la Vizcaina Grande, de que no podía hacerlo por haberlos entregado á su hijo en virtud de la renuncia que siete años antes, poco más ó menos, había otorgado á favor del mismo, de los derechos de inmediato sucesor á las vinculaciones que entonces poseía su madre, no es directa, ni fehaciente, ni consta que fuese personalmente conocida del ejecutante un año antes de excepcionar la rescision de tal renuncia hoy en el Registro de la propiedad, tampoco puede invocarse en favor del donatario, que no es tercero respecto del acto que se impugna:

Considerando que las alegaciones de tercer motivo del recurso se dirigen contra un razonamiento de la sentencia, y que ésta se apoya sustancialmente en la nulidad de la donacion por no haber sido insinuada y en su rescisión por fraude de acreedores. (Sala 1.ª, Sentencia 2 Enero de 1889.—(*Gaceta* 30 Abril, pág. 162).

Es raro en extremo que esta sentencia tenga dos fechas distintas, una en su encabezamiento, y á su final, pero así lo publicó la *Gaceta* á que se refiere la anterior nota; siendo de presumir que la fecha de 2 de Enero de 1889 se refiere á la publicación de la sentencia, y que solo por expresarse bien ha producido la consiguiente confusión.

TÍTULO III

De las sucesiones

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 657. Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Importancia tal reviste el tratado de sucesiones, que el Código dedicale casi todo el libro tercero, y los extranjeros códigos escasamente se ocupan todos de tal asunto.

Uno de los medios de adquirir la propiedad es la sucesión. En todas las naciones el órden de suceder ha sido arreglado por las leyes positivas, y en los códigos de todos los pueblos tiene el lugar que le corresponde asunto tan importante y trascendental.

La sucesión es un modo de transferir la propiedad en virtud del que los bienes, los derechos, las deudas y las cargas de las personas que han fallecido, pasan á otras personas que entran á ocupar el lugar de aquellas.

Dos especies de sucesiones nos da á conocer el derecho escrito; las que nacen de la voluntad del hombre, y las que emanan de la ley.

Motivo de la sucesión es la muerte natural de la persona á quien se sucede, puesto que los derechos civiles son personalisimos, y por ello solamente con extinción material del sugeto del derecho termina en cuanto al mismo; y como por otro lado la propiedad no sólo es libre sino que es perenne, de aquí el que esa perpetuidad le haga no terminar para los demás con la vida de su poseedor, y por ello se trasmite á sus hijos y descendientes, naciendo de aquí la verdadera sucesión; así es que, aún cuando todo es perecedero en el mundo'

aunque la riqueza, el lujo, el orgullo y la loca vanidad, como la desmesurada ambición, mundanales ilusiones son, si se las contempla en su esencia con los ojos de la fría razón y la idea de lo porvenir, el amor á los séres que uno engendra, á esos nuevos séres que vienen á reemplazarnos en la evolución de la vida, y la naturaleza misma de la propiedad, que viene á sostener no sólo las necesidades fisiológicas del individuo ,sino hasta las necesidades psiquicas, el pan del espíritu que en la instrucción el hombre laborioso encuentra, hace que esa propiedad se transmita de generación en generación, haciendo que la humanidad se perpetúe material y jurídicamente.

La labor de nuestros antepasados sirve asi de base á nuestra diaria labor en todos los ramos; y esos tesoros de riqueza material é intelectual que nosotros encontramos, gracias á las vigilias de nuestros causantes, los transmitimos mejorados á nuestros sucesores, engranándose asi las grandes ruedas del movimiento social, sin que cese esa marcha impuesta por la naturaleza. No se paró el sol apesar del lenguaje bíblico, no retrocedemos, por más que algunos ilusos quieran suponer que por el acopio de materiales y de trabajos que el hombre en la vida aporta no se restan, se suman, se acumulan, y uno de los medios que contribuyen á esa acumulación es la sucesión.

Con origen tal, la sucesión se rige bajo los principios que necesariamente tienen que informarla; todos los que dependen de la voluntad del hombre, si bien unas veces la hace constar expresamente consignándola en instrumentos públicos ó bien la deja de expresar aceptando tácitamente las disposiciones legales, según anteriormente indicamos.

Cesando ya en consideraciones generales acerca de la sucesión hemos de limitarnos á estudiar, que: los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte. Efectivamente, si no fuese así no podria llamársela técnicamente *sucesión*; pues es la manera legal de que los bienes, derechos y obligaciones pasen á los afines que sobreviven al que murió; y siendo así, indispensable se hace no se trasmitan hasta el momento de la muerte del causante.

No empleaba la misma frase el derecho romano, ni nuestra ley de Partida, que, calcada en aquél, llamaba herencia á la sucesión, como la llaman en las disposiciones del Fuero Juzgo y del Fuero Real, y como el Proyecto de Código Civil de 1851 proponia se llamase. Mas tratándose aqui de un modo legal de adquirir bienes, es más propia y más adecuada la palabra *sucesión* que la de herencia, cuyo verdadero significado se refiere á los mismos bienes, derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio del causante premuerto.

Sin detenernos más en la cuestión de nombres, en la pequeñez de los distingos que á nada conducen, y comprendiendo perfectamente lo que significa el modo de adquirir perfectamente denominado *sucesión*, mirando sólo nuestros precedentes legales, monumentos históricos dignos de veneración por las



enseñanzas que nos legaron, y por ser la base de los adelantos de la ciencia del derecho, hemos de insistir sólo en que el art. 657 que de nuestro Código comentamos encierra un principio que dentro del buen sentido se encuentra, y lejos de hacerse refractario á las personas de sano juicio, se adapta á los entendimientos más limitados; como sucede generalmente siempre con los más sanos principios de equidad y de justicia, que se presentan con sencillez y claridad suma y parecen innatos en el hombre.

Precedentes. Hemos indicado ya que en el derecho romano y en las Partidas se encontraban preceptos análogos; y en relación están varias leyes de los libros 29 y 50 del Digesto, como relación guarda el Ordenamiento de Alcalá y las leyes de Toro, donde se desenvolvieron las prescripciones del mencionado ordenamiento que tan grandes novedades introdujera en nuestro antiguo derecho-patrio respecto á sucesiones. También hemos indicado que el Proyecto de 1851 estaba más cerca de los preceptos de la Partida que del Ordenamiento en ciertos conceptos acerca de la sucesión y de la herencia; pero en su art. 550 proponía que la *herencia*, como allí la denomina se abre por muerte natural de la persona á quien se hereda.

En cambio, el art. 656 del Proyecto de 1882, proponía exactamente igual precepto que el que del Código es objeto de este comentario. Y el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias sostiene la misma tésis, muy especialmente en las de 18 de Junio de 1864, 7 de Mayo de 1876, 20 de Noviembre de 1878, 17 de Noviembre de 1888, y otras varias.

Concuerdan con el art. 657 que de nuestro Código comentamos, los articulos 718 del Código Francés, 927 del Italiano, si bien éste añade dónde ha de abrirse la sucesión, pues dice: «La sucesión se abrirá al verificarse la muerte, en el lugar del último domicilio del difunto;» los arts. 1735 y 2009 del Código de Portugal, 955 del de Chile, 306 del de Tesino, 571 de Neufchatel, 877 del de Holanda, 536 del de Austria, 508 del de Vaud, 369 del de Prusia, 3282 del de la República Argentina; 700 del de Friburgo, 528 del de Luisiana, 746 del de Guatemala; 633 del Napolitano, y otros varios. El art. 3282 del Código de la República Argentina preceptúa que: «La sucesión ó el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legitimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, ó por presunción de muerte en los casos prescritos por la ley». Todos los Códigos expresa ó tácitamenté reconocen el principio por nosnotros sustentado, y consignado ya en la Inst. lib. 2.°, tit. 14, párrafo 2.°, con las inolvidables frases de *Nondum adita hoereditas personae vicem, non haeredi futuri, sed defuncti*. Y en el Código de Veracruz-Llave se vé que el artículo 900 encarga á los Jueces que antes de abrir el testamento se cercioren de la muerte del testador; como lo previenen los Códigos de México, Campeche en los arts. 3927 y 3928, Baja California en su art. 3664, y todos los Códigos de los paises civilizados.

Art. 658. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, á falta de éste, por disposición de la ley.

La primera se llama testamentaria y la segunda legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Consigna este artículo los medios de suceder, que dentro de los principios generales de derecho caben, sucesión que depende de la voluntad expresa del causante ó sea sucesión testada; y sucesión legítima ó intestada, en la que la voluntad del hombre se supone pero no se ha exteriorizado expresamente. En la primera hace el hombre uso de una facultad que la ley le otorga en virtud de un principio de eterna justicia, y como consecuencia del derecho de propiedad que emana del derecho natural. En la segunda, no habiéndose hecho uso de la facultad que el hombre tiene; fallecido éste sin disponer expresamente, se establece una presunción, de cual sería la voluntad del causante, y según esa presunción legal se reparten los bienes del finado entre sus más próximos parientes, entre sus sucesores legítimos. Por esto prescribe el artículo que comentamos que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, á falta de éste, por disposición de la ley. Mas puede ocurrir el caso en que el hombre fallezca parte testado y parte intestado, porque ya no estamos en los tiempos del romanismo puro, en que no se comprendía testamento sin institución de heredero, en que se miraba como dogmático el principio por la ley de la ciudad eterna establecido; principio proclamado por la ciencia del derecho en más de una nación, seguido rutinariamente en varias legislaciones, y que en nuestra patria sostenido fué por nuestro derecho histórico hasta nuestras célebres Partidas, en que D. Alfonso el Sabio quiso dar un título de gloria á su reinado y legó, en efecto á nuestra Partida un verdadero tesoro de nuestra legislación. pero en las que se siguió demasiado ciegamente las máximas jurídicas que el pueblo romano extendió por todo el orbe y cuyo verdadero alcance, político muchas veces, no se supo comprender, ni prevalecer podía en nuestro país el día que se comprendiese su intensidad y peso en el especialísimo sistema de sucesiones, tan hábilmente sustentado.

Mas llegó un momento decisivo en que, viendo las consecuencias graves que la nulidad de los testamentos por falta de institución de heredero llevaba consigo, se dictó el Ordenamiento de Alcalá, y desde entonces, una nueva fase se presenta en la historia del derecho; desde entonces el hombre dispone de lo suyo sin sujetar su voluntad á una institución, que deja de hacer intencionalmente ó por descuido, pero que se deja de hacer, porque facultad debe tener para efectuarlo ó no; desde entonces sin el formularismo de una institución

prospera un testamento en cuanto á los legados y demás disposiciones que en el se entrañasen, supliéndose por la ley lo que razonable y justo sea en cuanto se haya omitido respecto á los herederos forzosos. Por esto, el último apartado del Código que comentamos, trata de la sucesión parte testada y parte intestada. Y el desarrollo de esa nueva tésis tuvo lugar en las leyes de Toro, de donde pasó á la Novisima Recopilación. Ya caduco y sin fuerza ni vigor el aforismo romano de que *nadie podia morir parte testado y parte intestado*, sostenido por la ley 14, tit. 3.°, Part. 6.ª, ha seguido nuestro Código Civil las teorías, que como acabamos de indicar nacieran en la ley 1.ª, tit. 19 del Ordenamiento de Alcalá, se reprodujeran en la Pragmática de 1566, tuvieran su desenvolvimiento en las leyes de Toro, y se viera con la ley vigente hasta hoy en la ley 1.ª, tit. 18, lib. 10 de la Novisima Recopilación; pudiendo hacer mandos y legados un testador sin instituir heredero, apesar de lo cual subsistirá lo legal de aquellas disposiciones, adjudicándose por el Ministerio de la ley á quien por esto sea llamado la verdadera herencia.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 553, propuso análogos preceptos á nuestro Código, aunque sin el segundo apartado que éste contiene; mientras que el art. 657 del Proyecto de 1882 estaba enteramente conforme. Concuerda con los arts. 629 del Código de Vaud, 533 del de Austria, 740 del de Uruguay, 747 del de Guatemala, 952 del de Chile, 1735 del de Portugal, 720 del de Italia, 3280 del de la República Argentina, 3365 y 3366 del de México, 3228 y 3229 del Código de la Baja California, 3365 y 3366 del de Campeche, en cuyos tres últimos Códigos se previene que *la herencia se defiere por la voluntad del hombre ó por disposición de la ley;* llamándose *la primera testamentaria, la segunda legitima:* y que puede también diferirse *la herencia de una persona en una parte por la voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley.* De donde deducimos que en lo esencial, y salvo el empleo de la palabra *herencia,* aquellos Códigos son enteramente iguales al nuestro, por más que éste exprese que la voluntad se ha de manifestar en testamento, y agrupa los tres casos en un solo artículo, mientras aquellos estienden sus preceptos sobre este particular en los dos articulos antes indicados.

Y el mismo Código Argentino, apesar de sus tendencias romanistas, en el art. 3280 ya citado, después de consignar que la sucesión se llama legitima, cuando sólo es definida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifiesta en testamento (valido), sostiene que *puede también diferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley*; con cuyo precepto se aparta por completo de la máxima romana antes indicada, que transcrita á la ley 14, titulo 3.°, Part. 6.ª, no pudo prevalecer en los modernos tiempos, abandonándola hasta los Códigos de los pueblos más entusiastas del derecho inspirado en la Ciudad eterna.

Siguiendo los principios expuestos, recordando algunos preceptos de la misma ley de Partida (ley 3.ª, tít. 13, Parr. 6.ª), hemos de sentar también que por contrato no cabe sucesión universal; y que si bien es permitido á los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, ó convenciones nupciales, hacerse algunas ventajas, jamás se permitió contratar la sucesión.

Los arts. 861 y 862 del Código de Veracruz-Llave, contienen exactamente los mismos principios que el art. 658 de nuestro Código, objeto de este comentario.

Art. 659. La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.

Determínase aquí la extensión de los bienes, derechos y obligaciones herenciales, y que no por la muerte de la persona que las poseía se extingue; y á esto es á lo que verdaderamente se llama *herencia*, á ese conjunto de bienes, derechos y obligaciones del finado, conjunto tal que continúa la personalidad del que los disfrutó, y que para hacer más estable el principio de propiedad, pasa á sus sucesores, se trasmite á los más próximos parientes por derecho propio por la ley, ó se transfiere por la voluntad del dueño de aquellos efectos claramente consignados en testamento.

Como decían los romanos: *Hereditas est succesio in universum jus quod defunctus habuit*; así lo aseguraba el Digesto en su ley 24 *de verb. sign.*, y la ley 62 *reg. jur.* lo significaba: mientras que la ley 8.ª, tít. 33, Part. 7.ª definía la herencia disponiendo que: *La heredad é los bienes é los derechos de algun finado sacando ende las debdebas que devía, é las cosas que y fallaron agenas.* El Código de Veracruz-Llave, al que parece sigue el nuestro en muchos de sus preceptos, dice: *Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos aquellos derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte.* Cuyo precepto, cambiada alguna palabra, es el mismo de nuestro Código. Concuerdan con el dicho nuestro Código en esta materia, los artículos 738 del Código de Uruguay, 746 del de Guatemala, 1737 del de Portugal, 3364 del de México, 3227 del de la Baja California, y 3364 del de Campeche, cuyos tres últimos Códigos contienen prescripciones idénticas á el de Veracruz-Llave antes indicado, y por consiguiente iguales á las del art. 659 que de nuestro Código comentamos.

El art. 3279 del Código de la República Argentina, se halla concebido en los siguientes términos: «La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, á la persona que sobrevive, á la cual la ley ó el testador llama para recibirla. El llamado á recibir la sucesión se llama heredero en este Código.» Análogos preceptos se encuen-

tran en el art. 638 del Código de Nápoles, 536 del de Austria, 867 del de Luisiana, 951 del de Chile, y otros varios que parece han seguido ciegamente los precedentes históricos encontrados en la Ley 62, tít. 17, lib. 50 del Digesto, y en la Ley 8.ª, tít. 33, Part. 7.ª; observándose que en la mayor parte de aquellos Códigos se consideran como sinónimas ante el derecho las frases *herencia* y *sucesión*, lo cual nada tiene de extraño, por cuanto, tomados sus preceptos en gran número del Digesto y de la Ley de Partida donde tales frases también se confundian, han dejado notar los efectos de su origen aquellas prescripciones. Y esto es tan cierto, que apesar de encontrarse en el proemio de la Ley 8.ª de la Partida antes citada la extensión de la palabra herencia y su definición, se ve también definido en el derecho de sucesión en la Ley 1.ª, tít. 3.º, Part. 6.ª.

Se observa que en nuestro Código no expresa el articulo que comentamos *que pertenezcan al difunto los bienes constitutivos de la herencia*, sino, que *la herencia comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte*: y esto que parece no tiene importancia alguna, ni encierra diferencia en la manera de ser de las cosas, realmente tiene su significado, pues, en efecto, no todo lo que perteneció al difunto constituye la herencia, toda vez que por la muerte de aquél salen de su patrimonio algunos derechos que no pueden conceptuarse nunca herenciales, como sucede con el usufructo, el uso, la habitación, la renta vitalicia, etc., etc.; y por ello es por lo que se sostiene el precepto de que la herencia comprende, de todos los bienes, los derechos y obligaciones de una persona, únicamente aquellos que no se extinguen por su muerte: asi es, que aquel que vivió únicamente del usufructo de ciertos y determinados bienes, por grande que fuera el producto de éstos, no puede decirse que dejó una herencia al morir, porque sus derechos se extinguieron al extinguirse su vida.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 549 y el Proyecto de 1882 en su articulo 658, propusieron preceptos análogos al que de nuestro Código nos ocupa, siendo de observar que en los Códigos de Francia, Bélgica é Italia, no se ven disposiciones como las señaladas en los demás Códigos, que aisladamente y con la determinación y fijeza que se observa, principalmente en las legislaciones americanas, vienen sentando reglas sobre el asunto que nos ocupa.

Art. 660. Llámase heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título particular.

Nuestro Código ha querido en este punto determinar quienes son los que conceptuarse pueden como herederos, y á quienes se adapta mejor el nombre de legatarios; y aunque puede haber sucesiones en las cuales por la cantidad percibida no se diferencia gran cosa el legatario del heredero, en la generalidad de los casos es lógico tomar como medida de esa diferente denominación la

cantidad percibida de la herencia. Sin embargo, para nosotros no deja de ser algún tanto cuestionable la calidad de heredero ó legatario cuando se funda sólo en la cuantía de la cosa, y por esto sin duda el legislador, al consignar los preceptos que regir deben para la clasificación de tal nomenclatura, tuvo buen cuidado de llamar heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título particular. Pero aún esto, aisladamente considerado, puede ofrecer sus dudas, porque es muy elástico el concepto de las frases *título universal* y *título particular*; y sólo complementando el artículo que comentamos, con lo que preceptúa el artículo siguiente, puede aclararse el verdadero concepto jurídico de las denominaciones de heredero y legatario.

Por ello nosotros hemos conceptuado que el heredero es aquel que á título universal sucede á otro representando la personalinad del sucedido desde la muerte de aquél en todos sus derechos y obligaciones: es decir, que la personalidad del finado viene á verse continuada en la de su heredero, que adquiere si, todos sus derechos, pero que también contrae sus obligaciones. Es más, el heredero lo es siempre de cantidad indeterminada, de cantidad que resultará mayor ó menor según los legados y mandas que el testador hubiera hecho, según las responsabilidades á que por su causante tuviera que atender; mientras que el legatario sucede en un objeto ó cantidad determinada que no asciende á más ni á menos nunca de aquello que el testador señaló y que sólo puede venir á sufrir una reducción en casos muy especiales, análoga á la de las donaciones últimas del causante, cuando éstas no dejasen libre la parte proporcional del caudal que por la ley deben recibir sus herederos forzosos.

De manera que tenemos establecidas las disposiciones entre los herederos y los legatarios; y al confirmar el Tribunal Supremo la definición que hemos dicho, daba la Ley de Partida de herencia, en la cual se prevenía terminantemente que se habían de deducir todas las deudas y las cosas que allí aparecieran como agenas; se confirma nuestra opinión en las Sentencias de 21 de Junio de 1869, la de 12 Diciembre de 1873 y otras varias, en las cuales se sustenta, como nosotros hemos sostenido siempre, que la herencia es lo que queda de los bienes del finado, después de satisfechas todas las deudas y responsabilidades: que no existe la herencia hasta que estén pagadas las deudas y legados, sin perjuicio de que el heredero pueda detraer de los legados lo necesario para dejar á salvo la cuarta parte, que es el caso á que antes nos referíamos; por consiguiente, el heredero sucede en lo que queda del caudal de su causante; y en los derechos y obligaciones perennes del mismo, satisfechas las deudas y pagados los legados que aquel hubiere hecho; y el legatario es el que sucede tan solo en la cantidad que le asigna el testador; recordándonos esto otra diferencia que existe entre el heredero y legatario, y es: que éste no puede existir sin la otorgación de un testamento ó codicilo, mientras que el heredero existe siempre sin necesidad de disposición testamentaria expresa del causante.

El Proyecto de Código Civil de 1882 en su art. 659, proponia preceptos análogos al que ahora nos ocupa; y concordancias tales encontramos en el Código de Portugal que de su art. 1736 parece tomado los propuesto por aquel Proyecto; como gran analogía encontramos en los arts. 738 y 742 del Código de Uruguay, 760 del de Italia, 749 del de Guatemala. 3263 del de la República Argentina, 951 del de Chile, 3367 al 3369 del de México, 3230 al 3232 del de la Baja California, y 3367 al 3369 del de Campeche; debiendo observarse que en estos tres últimos Códigos se comprenden las mismas prescripciones consignadas en los tres articulos que se complementan el uno al otro, y que aun cuando no expresan lo que preceptúa el articulo que de nuestro Código nos ocupa, viene á demostrar el distinto concepto jurídico que merece en aquellos paises la denominación de heredero y la de legatario: mas en el art. 866 del Código de Veracruz-Llave es donde, sin definir precisamente lo que es heredero y lo que es legatario, se viene á preceptuar la diferente indole de uno y otro, puesto que se determina que el testador puede disponer á título universal ó de herencia y á titulo particular ó de legado.

En prueba de la distinta naturaleza de una y otra palabra, en demostración de las diversas funciones del heredero y del legatario, no tenemos más que acudir á su etimologia, pues mientras la palabra heredero tiene su raiz en la frase latina *hæres*, que se deriva de *hærus*, ó sea jefe de familia, porque en los primeros tiempos de la legislación romana solo el *pater familias* podía otorgar testamento y nombrar sucesor que continuase su personalidad jurídica, el legatario se deriva de la palabra *legare*, que aun cuando bajó el origen de *lex* tenía un sentido muy extenso en el derecho antiguo romano, hasta hacerlo sinónimo de testar, como se deduce del principio de las XII tablas por todos conocida *uti quique pater familias legarsit suæ rei, ita jus esto*, después vino á reducirse tal locución y muy principalmente la del *legatum*, á las disposiciones hechas por el testador á titulo particular; porque efectivamente el legatario es la persona á quien por disposición de última voluntad deja el testador una cosa singular.

Art. 661. Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

No habia necesidad del precepto que acabamos de consignar, desde el momento en que el art. 657 de este mismo Código preceptúa que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y que el art. 659 previene que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por la muerte. Así es, que el articulo que es objeto de este comentario no perjudica, por aquello de que *quod abundat non nocet*, pero realmente no era necesaria su consignación para los

que conociendo los principios del derecho hubieran estudiado y comprendido bien los cuatro artículos precedentes.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 554, y el Proyecto de 1882 en el artículo 631, proponían preceptos análogos, y se ven concordancias en varios Códigos extranjeros, aunque algo vagas en algunos, en los arts. 724 del Código de Francia, 925 del Código de Italia, 724 del Código Belga, 2014 del de Portugal, 880 del de Holanda, 797 del de Austria, 943 del de Luisiana, 956 del de Chile, 3372 del de México, 3235 del de la Baja California y 3372 del de Campeche, previniéndose en estos tres últimos que la propiedad y la posesión legal de los bienes y los derechos y las obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos, en los términos establecidos en el presente libro; con lo cual está conforme el art. 863 del Código de Veracruz-Llave en principio, aunque no en su redacción, puesto que previene que la inmediata y legal posesión de los bienes, derechos y acciones del difunto, pasa de pleno derecho á la persona del heredero, así legítimo como testamentario, con la obligación de satisfacer todas las cargas hereditarias sin necesidad de tomarla actual posesión de la herencia.

A más de lo que queda expuesto, debemos manifestar, que si bien este artículo no tiene precedentes históricos, la jurisprudencia de los Tribunales parecía venir prefijando cuanto en nuestro Código se dispone; pues indudable es que el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Febrero de 1869, declaró como inconcuso el principio de derecho que sustenta la idea de que, si bien el heredero sucede en las cargas y obligaciones de su causante, le sucede también en todos sus derechos; y en la sentencia de 21 de Febrero de 1863, había sostenido ya dicho Supremo Tribunal que las obligaciones que no tenía el testador á su fallecimiento, no pueden pasar al heredero al transferírsele la herencia. Y respecto de Cataluña, declaró el más alto de los Tribunales de la nación en sentencia de 19 de Octubre de 1870, que el hijo instituido heredero del padre, es sucesor universal del mismo, recayendo en él todos sus bienes, derechos y obligaciones, y entre éstas la de satisfacer á sus hermanos las legítimas ó suplementos que les correspondiesen, según los bienes relictos al fallecimiento del padre, y el valor que en aquella época tuvieren, por ser la en que se causaron dichas obligaciones, si bien con el derecho de hacerlo en bienes hereditarios ó en dinero. Todo lo cual demuestra que los herederos suceden al difunto ó sea á su causante por el solo hecho de su muerte, en su misma personalidad ó en sus derechos y obligaciones.

CAPITULO PRIMERO

De los testamentos

SECCIÓN PRIMERA

DE LA CAPACIDAD PARA DISPONER POR TESTAMENTO

Art. 662. Pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohibe expresamente.

Preocupaciones rancias han existido acerca de los testamentos hasta en el sentido jurídico, y existen todavía en el sentido moral.

Sin dirigir siquiera una mirada retrospectiva al campo del antiguo derecho, en el cual se reconoció, no sólo que la universalidad de bienes de una persona podía pasar á otras, en virtud de la muerte del causante, sino por efecto de su expontánea voluntad entre vivos, cuyo abuso cortó Justiniano; sin detenernos á sostener lo que en la conciencia está de todos, es decir, que el derecho moderno no reconoce otro medio de adquirir que la sucesión por causa de muerte; sin tratar de llevar al convencimiento humano lo que por un sentimiento de pura conciencia arraigado está en el ánimo del hombre, sin intentar la demostración de verdades axiomáticas que por ser de verdadera intención, se conciben mejor que se explican; hemos de expresar sí, que, cuanto aprueba la conciencia en la esfera moral bien puede preceptuarlo la ley en el terreno del derecho; y por esto hay que admitir la testamentifacción como corolario indispensable del derecho de propiedad; pues de no admitirse en este sentido, la propiedad sería una cosa imperfecta, un derecho á medias, un apoderamiento pasajero que solo tendría fuerza mientras el ocupante de las cosas conservase el vigor suficiente para retenerlas en su poder.

Por esto teniendo en cuenta la definición que Modestino dió de testamento: *voluntatis nostræ juxta sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*; y el concepto que de tal institución tenía Ulpiano: *mentis nostræ juxta contestatio, in id solemniter facte, ut post mortem valeat*; hemos de sostener que el testamento es el acto solemne revocable de la voluntad de un hombre en que éste dispone de sus bienes para después de su muerte: pues efectivamente, acto es, y solemne, aquel en que una persona traza ó señala el destino de lo que á perpetuidad le pertenece; para después de su muerte; y revocable debe ser tal manifestación de la libre y expontánea voluntad humana, por cuanto los motivos que en un dia impulsaron al individuo á disponer de lo

suyo en favor de otra persona, pueden desaparecer por causas que no es dable escudriñar y que influir pueden esencialmente en las decisiones del hombre libre.

Encuentran unos, como Leibnitz, la razón filosófica del testamento, en mantener viva la idea de la inmortalidad, y en ésta fundan el derecho de testar; creen encontrarla otros, como Lerminier, en el respeto debido á los recuerdos que del causante y de los suyos consuela á sus sucesores, pues efectivamente se ve un elocuente testimonio dado por la familia y la sociedad, de que al desaparecer de la esfera de los vivientes, no morimos completamente, y que al otorgar un testamento, lejos de embarazar la marcha y el destino de los que nos sobreviven, nos imponemos simplemente á su memoria; otros, como Thiers, sostienen que la propiedad no produciría todos sus efectos, sino á condición de ser completa personal y hereditaria; y bajo este supuesto encuentran la razón filosófica del testamento en la complementación de la propiedad, y reconocen que la facultad de testar es uno de los efectos mejores, más trascendentales y fecundos del derecho de propiedad perfecto; otros, como Bentham, suponen que el testamento es un instrumento potente de que dispone el hombre para prevenir calamidades privadas, y una facultad de autoridad confiada en un principio á los padres para estimular la virtud y reprimir el vicio en la familia; así es que bajo este concepto no sólo sirve de título de autoridad al padre, sino que daba motivo al mayor respeto en el hijo, y era reconocido como fuente de recíprocos deberes en la familia y en la sociedad; más nosotros, reconociendo que todos esos jurisconsultos que verdaderamente formaron escuela, son dignos de admiración porque trataron el asunto con buen sentido, y significaron el porque tal institución, con arreglo á las tendencias de la época en que vivieron, hemos de sustentar que la verdadera razón jurídica de la testamentifacción activa, como la de la propiedad, es la necesidad social, es la naturaleza misma de las cosas, es una necesidad amparada por el derecho. Si se suprimiera la facultad de testar, no habría verdadera propiedad, y la riqueza pública decaería de tal manera, que vendría á extinguirse. ¿Qué derecho individual sería ese que se extinguiera con la vida del hombre? ¿Qué estímulo podría haber que a la economía y á los adelantos nos dirigiesen, si el hombre no pudiera disponer de sus bienes para después de la muerte? Es peligroso regular demasiado el derecho de disponer cada uno de lo suyo; tan peligroso, que si se le cercenase, si se ponen cortapisas en extremo, nos exponemos á caer en el más espantoso socialismo, matando el derecho individual que es la iniciativa, que es el gérmen, que es el generador de la propiedad, que es el primer acicate de la riqueza pública, que es la palanca que el mundo pone en movimiento. La conjunción armónica de los derechos sociales y los individuales, bajo el cual solamente pueden vivir los pueblos civilizados, no se oponen ni oponerse pueden á la facultad de testar, porque de oponerse, no sería tal armonía, y el cosmos político social caería en el caos y á la nada se reduciría.

El mal está en que las preocupaciones sociales á que antes nos referíamos, hacen desgraciadamente que, entendiéndose malamente, ó no comprendiéndose lo que significa la palabra *testar*, teman hasta su recuerdo las personas poco cultas, por suponer con esto aproximada la hora de nuestro definitivo destino, y al pensar en un testamento, el último suspiro creen va á exhalar su pecho, y en la fosa mortuoria se consideran ya encerrados; así es que las últimas voluntades se hacen ordinariamente en horas extremas de angustia y desconocimiento, en vez de hacerlas cuando el cuerpo y el alma disfrutan de buena salud, cuando la libertad domina nuestros actos, y libres de toda imposición, con ánimo sereno, podemos á conciencia disponer de nuestro peculio. Y esto precisamente es lo que combatió el gran Mirabeau, el que la última voluntad legal sea la volición casi inconsciente del agonizante, sea la última palabra, la extrema expresión que recojamos de los labios del que espira. Los testamentos sólo pueden traducir ó significar los caprichos de los testadores, cuando éstos en su cabal juicio no se encuentran, cuando la razón ya no manda, cuando el hombre envuelto en timidez, los últimos instantes de su vida, en que ideas tan contrarias se agolpan á su mente, en que la lucha del instinto y del porvenir invade nuestro cerebro, en que la debilidad nos ahoga y nos oscurece el alma, no puede realmente disponer ni realizar actos libres de tanta trascendencia. Pero el hombre que goza de esa fortaleza filosófica, que es la resignación del santo, y la bravura del héroe, piensa y medita con la razón, delibera acerca de su presente y de su porvenir, recuerda su pasado, pesa el pro y el contra de su modo de obrar, y así pensando, así discurriendo, se hace justicia haciéndola á los que le rodean, domina sus pasiones halagando los sanos impulsos de su corazón, y rechaza cualquier extravío de una mente enferma, apartándose de todo lo indigno, de mal entendidas odiosidades, de arrebatos mal comprimidos, de todo lo que no sea noble y digno.

Por esto nosotros, reconociendo el testamento como una consecuencia natural y lógica del derecho de propiedad y como una verdadera necesidad social, no podemos menos de ensalzar sus excelentes resultados, no podemos menos de encomiar su valor, cuando se hace con el cuerpo sano y el alma en sus buenas funciones, pues teniendo siempre presente el lema del inmórtal Hipócrates *Mens sana in corpore sano*, no podemos menos de rechazar lo que se realiza por un moribundo, á quien sólo el cuidado y el cariño de su familia y de leales amigos puede hacer menos amarga la eterna despedida del mundo de los vivos, donde termina su papel. Por eso ciertos testamentos, como el sacramental, el secreto, el especial, nos parece deben condenarse por lo expuestos que están á los más grandes abusos, y somos partidarios del testamento público ó abierto, otorgado como se otorga un instrumento público, con las solemnidades indispensables para que nuestra voluntad verdadera no se falsee, otorgado con la nobleza de la sinceridad y el desembarazo del que bien obra, que

los buenos actos á nadie empañan su honra. Leal y franco debe ser el hombre para sus actos entre vivos como para después de su muerte; lo contrario es vivir del engaño; y al que engañar sabe al mundo, si los hombres no le execran, bendición del cielo nunca alcanzar debe.

Nada hemos de decir de los diferentes testamentos que los romanos conocieron; la forma no hace al fondo de la institución: aquellas fórmulas no pueden sostenerse hoy: aquel pueblo conquistador debía distinguir el testamento del hombre de guerra al partir para el combate, *in procinctu*, del testamento hecho en tiempo de paz, *in calatis comitiis*; y estos fueron los géneros de testamento que Justiniano sostuvo del antiguo derecho.

Después nació, por una ficción legal, el testamento *peræs et libram*, valiéndose del rito de la emancipación ó sea de la simulación de una venta á presencia de cinco testigos, el librependi y el que aparecía como comprador de la herencia. Mas no fueron solas estas tres fórmulas de testar puramente civiles que el pueblo romano sostuvo por largo tiempo, sino que hubo otra establecida por el derecho pretorio que sólo exigía la inscripción de los sellos de siete testigos, determinándose después que se hiciese en un sólo acto con la asistencia de los siete testigos, la firma de los mismos y la inscripción de su sello; reminiscencias que sin tener en cuenta su triple origen civil, constitucional y pretoriano, se han conservado mucho tiempo en nuestro derecho pátrio.

Pero ni hemos de detenernos en esto, ni hemos de desvanecer errores filosóficos de quien, proclamando el principio de la autonomía individual, limita sus condiciones personales hasta el extremo de absorverlas el Estado.

Nosotros aprovechándonos del principio de la libertad de la propiedad que sustentamos, hemos de sostener también que el hombre es libre para disponer de ella lo mismo entre vivos que por causa de muerte; y fundados en estas consideraciones, y siguiendo los preceptos de las leyes de Toro, que consignados fueron en la Novísima Recopilación, é inspirándonos en el espíritu moderno, hemos de exponer el desarrollo de las nuevas teorías, felizmente sentadas por nuestro Código, en la medida que nuestras débiles fuerzas alcancen, declarándonos antiformularistas en lo innecesario, y partidarios de la libre emisión de la expontánea voluntad del causante, en cuanto no perjudique á sus descendientes y no contrarie los altos fines sociales.

El Proyecto de Código civil de 1851 proponía se definiese el testamento, el acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una ó más personas.

Y aunque tal acto, como última voluntad, admite *un sólo género*, por sus solemnidades dividióse en dos especies, *comunes* y *especiales*.

Pasemos por alto toda esta laberíntica labor que el derecho romano y nuestro antiguo derecho patrio hacían al tratar de las diversas fórmulas del testa-

mento, de sus solemnidades puramente rituarias y de todo aquello que de nada sirve, para ocuparnos *de qué personas pueden testar*. Según nuestro Código, *todos aquellos á quienes la ley no lo prohiba expresamente*, es decir, todos aquellos que pueden adquirir, excepto los consignados en el art. 663 de este mismo Código: ó, como dice el art. 624 al tratar de las donaciones, todos los que pueden contratar y disponer de sus bienes; pueden testar todos los hombres, cualquiera que sea su condición y clase, religión y nacionalidad, con tal que estén en pleno uso de sus facultades, pues la testamentifacción activa es el ejercicio del derecho de propiedad, y todo sér humano puede tener propiedad, porque la testamentifacción activa como todos los derechos del orden civil reconocen su origen en la personalidad humana, y no están sometidos á condición alguna de tiempo ni lugar: por esto puede testar lo mismo el español que el extranjero, el hijo que el padre de familia, pues era ya hora de que la civilización moderna abandonase la doctrina romana dedicada exclusivamente al ciudadano de aquel pueblo, y desechando aquella torpe idea de considerar como enemigos á los demás, dejase de limitar ciertos derechos á los que conservaban la ciudadanía del pueblo á que la ley se refiere.

Así como es libre la propiedad, pueden ejercerla todos, y su libertad debe suponerse mientras no se pruebe lo contrario; la facultad de testar no debe negarse á persona alguna, por ser una consecuencia de aquella, y deben ejercerla todos menos los que la ley excepciona expresamente: de manera, que la incapacidad para testar no ha de presumirse nunca, sino que ha de ser demostrada y justificada.

El Proyecto de Código de 1851, en sus arts. 600 y 601, y el Proyecto de 1882, en sus arts. 736 y 737, proponían preceptos análogos á los del artículo que nos ocupa y el siguiente, de nuestro Código; y concordancias encontramos en el artículo 902 del Código de Francia, en el que se previene (después de partir de la base del perfecto estado de razón que presupone el artículo 901), que podrán disponer y adquirir por testamento todos aquellos á quienes la ley no declare incapacitados, en el art. 762 del Código de Italia, que es exactamente igual al nuestro, en su esencia, puesto que previene que podrán disponer por testamento todos los que no estén declarados incapaces por la ley; el art. 902 del Código Belga, que es exactamente igual al Código de Francia, el 1763 del Código de Portugal, el 794 del de Guatemala, el 3606 del Código de la República Argentina, 3412 del de México, 3275 del de la Baja California y 3412 del de Campeche; debiendo hacer presente que estos tres últimos prescriben que: *La ley sólo reconoce capacidad para testar á las personas que tienen*:

1.° Perfecto conocimiento del acto.

2.° Perfecta libertad al ejecutarlo; esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral.

Y el artículo 911 del Código de Veracruz-Llave preceptúa, que, pueden dis-

poner por testamento los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce, que al hacerlo gocen de su cabal juicio.

Art. 663. Están incapacitados para testar:

1.° Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.° El que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

En este artículo viene precisamente á determinarse la excepción á la regla general anteriormente sentada, fijándose únicamente dos casos escepcionales, ó sea el de la impubertad y el de la incapacidad mental, pero asi como generalmente antes se excepcionaba la impubertad, teniendo en cuenta las diferentes reglas bajo que ésta se rige, según el sexo del causante, hoy el legislador ha equiparado las edades del hombre y la mujer y fija la del incumplimiento de los catorce años para excepcionar los de la facultad que á toda persona concede el artículo anterior.

Suponen algunos, que se ha declarado con capacidad para testar á los púberes menores de edad, porque si bien no pueden contratar ni obligarse, la testamentifacción no ha de perjudicarles en lo más mínimo, y porque se cree que á cierta edad tienen bastante juicio para dejarse guiar por los impulsos de su corazón: mas nosotros creemos que siendo lógico eso, no pueden establecerse en derecho ciertas diferencias, y que como ya indicamos anteriormente en diversas ocasiones, lo justo, lo equitativo y lo racional sería que se fijase una sola edad para entrar en la plenitud de todos los derechos civiles y de las obligaciones que como consecuencia de esos derechos se contraen, pues es injusto que una persona á los veinte años pueda servir la más gravosa de las cargas del Estado, acudiendo obligadamente al servicio de las armas y no pueda contratar ni conceptuarse mayor de edad hasta los veinte y tres años; como es también utópico y absurdo por demás, que no pudiendo contratar hasta los veinte y tres años pueda hacerse testamento á los catorce.

La pubertad es una aptitud del órden fisiológico que podia tenerse muy en cuenta para los efectos del matrimonio porque allá el desarrollo material es el que puede influir, bajo cierto aspecto en la naturaleza de aquella constitución, bajo uno de los fines de la vida social; pero la facultad de testar, que nada tiene que ver con dichos fines y que es un acto en que la vida psicológica se demuestra más eficazmente y en el que se ve un deliberado intento hijo de la volición para que nuestros bienes pasen á ser propiedad de un tercero, y en cuya transferencia, la inteligencia ó el entendimiento del causante debe dominar, no comprendemos que razón haya podido haber para crear esa especie de privilegio respecto á la testamentifacción, suponiendo para esto un adelanto prematuro que no se supone para contratar ni para disponer en manera algu-

na de sus cosas entrevivos. De manera que bajo el pretexto de que no se perjudica al testador con sus disposiciones para despues de la muerte, y bajo el supuesto frívolo, aunque florido y en extremo agradable ó placentero, de que á los catorce años, el hombre como la mujer pueden bajo un testamento llenar las aspiraciones de los impulsos de su corazón, siempre lleno de inesperiencia en aquella época y sujetos al capricho del que le domina, se viene á autorizar para el caso de su fallecimiento un acto que durante su vida no prevalecería; un acto que conocido por las personas á quienes interesa, podria llevarles hasta el crimen, realizando bajo una supuesta muerte natural, lo que durante la vida del menor no puede realizarse, el aseguramiento de la percepción de su fortuna.

Se comprende perfectamente la teoria expuesta por el Fuero Juzgo, según el cual los hombres en sana salud podian testar desde los quince años, porque desde aquella época dejaban de ser menores; lo cual es lógico, por cuanto el que es mayor para una cosa debe serlo para todo. Por la contradicción que envuelve nuestro sistema legal reconociendo capacidad para testar á los catorce años, y no admitiéndola para otorgar válidamente un acto cualquiera civil, no puede prevalecer, porque al fin y al cabo, testar no es otorgar trasmisión de sus bienes, legislar sobre lo suyo, celebrar un acto civil tan importante como el que más, un acto civil al fin entre vivos que ha de tener su cumplimiento para después de la muerte, y como cuando se celebra, cuando se otorga ese testamento, la disposición otorgada reune todos los caracteres de una manifestación entre vivos, de aqui el que debia estar sujeta en todo á los mismos trámites que éstas, sin que sea admisible el sostenerlas con los privilegios que se sostienen, por suponer que no perjudican al otorgante, toda vez que el mayor perjuicio es la muerte y no siempre se conoce la verdadera causa de ésta.

Nada hemos de decir de las órdenes religiosas ó religiosos profesos á que se referia el número 2.° de la primera edición de este Código, hoy por la que comentamos derogada; puesto que como ya este precepto no existe, excusamos ocuparnos del mismo; pero si hemos de insistir en lo anteriormente expuesto acerca de la edad y del cabal juicio, conceptuando necesaria é indispensable la uniformidad de derechos y obligaciones á la misma edad; pues de lo contrario, el principio de la reciprocidad y simultaneidad de derechos y obligaciones seria un mito; como necesario é indispensable es, para que el testamento sea válido que la salud del cuerpo y del espiritu, 'que la inteligencia del testador sean inmejorables y disfruten de la necesaria libertad y expontaneidad.

Por lo demás, hay que convenir que lo que aqui sucede, es, que las reformas no se establecen en general y simultaneamente como preciso se hace para armonizar unas leyes con otras; y por ello encontramos de suma necesidad que, hoy que una nueva etapa se abre ante el derecho y se desarrolla en nuestra legislación con el Código Civil, se modifiquen á la par no sólo las leyes de

carácter adjetivo ó de procedimientos, si no que tambien las leyes puramente sustantivas que reconociéndose desde luego como derivación de los principios generales sustentados en este Código, desenvuelvan cada una en su esfera las diferentes condiciones del derecho privado. Por ello pues es inevitable la modificación de la ley hipotecaria, de su reglamento, de la Ley del Notariado, de la ley sobre redacción de instrumentos públicos, de la de minas, de la de caza y pesca, y de todas las demás leyes que de haber sido posteriores al Código Civil, como regulador del derecho privado bajo la base del mismo, hubieran debido redactarse.

Art. 664. El testamento hecho antes de la enagenación mental es válido.

El precepto de este articulo es una consecuencia de lo anteriormente expuesto; si para testar es necesario además de ser mayor de catorce años, estar en su cabal juicio, evidente es que el testamento hecho antes de la enagenación mental es perfectamente válido, porque la incapacidad no se extiende á los actos retrospectivos.

El decir una palabra más acerca de este articulo seria ofender al lector de más mediana inteligencia, y sólo nos permitiremos indicar que en la ley 1.ª, párrafo 9.°, tít. 11, libro 37 del Digesto, se sustentaban idénticos principios, con los que conforme ha estado la Jurisprudencia de los Tribunales en todos sus fallos.

Concordancias encontramos en los arts. 795 del Código de Guatemala, en el 1006 del de Chile, el 763 del de Italia, el 3414 del de México, el 3277 del de la Baja California, y el 3414 del de Campeche, debiendo hacerse presente que estos tres últimos Códigos consignan idénticos preceptos que el del art. 664 que de nuestro Código comentamos; teniendo alguna analogia el art. 912 del Código de Veracruz-Llave, y el art. 3615 del Código de la República Argentina. Se comprende perfectamente el principio que tales prescripciones informa, como se sostenia por el antiguo derecho en la ley del Digesto antes indicada, y en las leyes 13, tit. 1.°, Part. 6.ª; y 6.ª, tit. 5.°, libro 3.° del Fuero Real, pues aunque parezca inútil el articulo que comentamos, porque ya hemos dicho que para los actos juridicos la persona debe estar en su perfecto uso de razón, como quiera que por doctrina general los actos ejecutados por una persona que no está en su completa razón no pueden ser anulados después de su muerte cuando su incapacidad no ha sido declarada en juicio, el articulo comentado viene á sentar una excepción á aquel principio, decidiendo que el testamento hecho antes de la enagenación es válido y por consiguiente se deduce no sólo que los dementes no pueden testar, sino que los testamentos que otorgaren después de la declaración de la incapacidad serán nulos y de ningún valor, á no ser que se probare que los hicieron en un momento lúcido. De manera que en el esta-

do ordinario del hombre, se presume siempre que está en su cabal juicio, y por consiguiente que puede testar, mientras que una vez declarado incapacitado, la presunción es enteramente contraria, es decir, que en este último caso, no podrá presumirse que el testamento es válido mientras no se demuestre que se verificó en uno de aquellos momentos lúcidos; y por el contrario como sienta el precepto que nos ocupa, se conceptuará siempre válido el testamento hecho antes de la enagenación mental.

Mas al hablar de la demencia debe tenerse en cuenta que bajo esta expresión genérica, como bajo la de enagenación mental, se comprenden todas las clases de locura, ó sea en general la privación de la razón con sus accidentes y sus fenómenos diversos, todas las especies de demencia, siendo asi que estas tienen por principio una enfermedad esencial de la razón y por consiguiente falta de deliberación y voluntad; por esto pudiéramos decir con mayor tecnicismo que la enagenación mental és el género y que éste comprende diferentes especies, como son la imbecilidad, la demencia, la monomania, la locura transitoria, la locura continua, la intermitente, la locura total, la parcial, la locura tranquila, la delirante, el furor, el idiotismo, la parálisis general, etcétera, etc., todas las cuales han sido tratadas con perfecta lucidez por Briand, Bouis, Casper, Tromplong, Devergie, Lélute, Championniere, Marcé, y otros.

Han sostenido algunos médicos que la monomanía no hace al hombre incapáz sino en lo que se relaciona á la parte atacada de su inteligencia, y que fuera de ella, todos sus actos, siendo razonables, deben ser juzgados como de un hombre en completo juicio; mas no todos los mèdicos sostienen el error de la divisibilidad de la razón; pues generalmente los más sensatos y experimentados sustentan la opinión adoptada siempre por los Tribunales de que el loco, cuya demencia no tiene sino apariencias parciales, es tan loco como el que sufre la demencia absoluta: mas aunque las manias sean locuras, y aún cuando aparezcan éstas parciales y circunscritas en apariencia, siempre se vé en ellas indicios ciertos de una perturbación mental; y como la razón del hombre es una y no se hace susceptible de división, cuando la locura se apodera de esa razón, aunque parezca estar circunscrita á un asunto dominante, ejerce su influencia en esa totalidad del espiritu que, sin ser visto materialmente por el hombre, dirige todas nuestras acciones.

Pero esto no quiere decir que las monomanias, lo que se ha dado en llamar locuras parciales, y aún la misma locura que lleva el delirio al individuo y la perturbación á los que le rodean, que ni aún en esa locura furiosa que obliga desgraciadamente el uso de la camisa de fuerza, no puedan sobrevenir momentos lúcidos, momentos en que la razón entre en su periodo normal siquiera no sea á perpetuidad, y como en esos momentos la libertad es cierta y puede dirigir con el mejor tino nuestros actos, de aqui el que entonces el desarrollo del entendimiento pueda conceptuarse como valedero; pues nadie duda que la

más exacerbada enagenación mental debida ya al desequilibrio entre la sangre y la linfa, originada por abusos que trastornan el sistema nervioso, causada por verdaderas enfermedades cerebrales, ó que su origen tengan en otras miles de causas tanto filosóficas como psicológicas, es lo cierto que apartada la idea del monomaniaco, combatido el alcoholismo, reforzada la debilidad y obteniéndose un satisfactorio resultado en su tratamiento, puede haber instantes en que dirigidos aquellos enfermos por una razón sana, llegue á exteriorizar su voluntad de una manera lógica y admisible haciendo valederos sus actos, si bien con la demostración de aquella lucidez, sin que para esto sea necesario la absoluta curación, pues sólo se hace preciso que el intérvalo lúcido sea una vuelta completa de la razón que disipe las ilusiones y los errores de que estaba poseido el demente, cuando menos durante el tiempo necesario para preparar y manifestar solemnemente con la mayor expontaneidad su volición, pues si sólo se notaren en el enfermo actos de buen juicio, mientras se trata de alejar de su inteligencia las ideas que le perturban, entonces no puede decirse que haya momentos lúcidos, porque aquello sólo sería un desvío artificial de la causa predominante del mal; y como para testar, para eregir en ley la última voluntad del hombre, se hace indispensable, según las leyes civiles de todos los países, que esa voluntad nazca de un espíritu sano y que haya verdadera libertad, verdadera inteligencia, verdadera expontaneidad, sólo cuando tales condiciones se vean en el hombre que dispone de sus bienes, y cuando sus facultades mentales se ostenten en toda su plenitud y como acostumbra verse en el común de las gentes, será cuando la validez del testamento se imponga, aún cuando más tarde tenga la desgracia de caer en locura

Art. 665. Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fé de su dictámen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos.

Lo expuesto al comentar el artículo anterior, indica ya la idea que tenemos de la enagenación mental, y cuando debemos conceptuar que existen momentos lúcidos. La previsión de este artículo es práctica, conveniente y de gran utilidad.

Cuando el demente, (mientras no se le hubiere dado de alta en su enfermedad, mientras no se hubiere declarado sano), pretenda hacer testamento en un intérvalo lúcido, el Notario deberá designar dos Facultativos que le reconozcan, y únicamente cuando éstos respondan de su capacidad, será cuando podrá otorgar el testamento; pero con la condición expresa de dar fe del dicta-



men Facultativo, y hacer que los Médicos que suscriban tal dictamen intervengan como tales y firmen también el testamento con los testigos. De este modo, habiendo buena fe y conciencia en todos, no podrá dudarse de la autenticidad del testamento, ni podrá negársele validez; pero si (lo que no es de esperar suceda con frecuencia), perdida la idea moral y suplida por la perversión, quiere amañarse un testamento, la responsabilidad será de todos cuantos intervinieron en su confección, su descubrimiento será más fácil y siempre su realización se haría más difícil.

No hay duda; la redacción del artículo que comentamos ha venido á dificultar las suplantaciones de una manera más perfecta y acabada que nuestro derecho histórico, y que el derecho del pueblo admirado como legislador, pues si bien en la Ley 10, tit. 5.º, lib. 2.º del Fuero Juzgo, y en la Ley 13, tit. 1.º, Part. 6.ª se declaraba válido el testamento hecho en un intérvalo lúcido, como lo habían declarado ya la Ley 17, tit. 1.º; lib. 28 del Digesto, la Ley 9, tit. 23, lib. 6.º del Código Romano y el párrafo 1.º, tit. 12, lib. 2.º de la Instituta, no fueron tan explícitas ni tan previsores como lo es nuestro Código.

Iguales preceptos proponía el Proyecto de Código de 1882 en su art. 739, y concordancias encontramos en los arts. 3416 al 3420 del Código de Campeche, 3279 al 3283 del Código de la Baja California, 3416 al 3420 del de México, 1765 del de Portugal, 795 del de Guatemala y otros; siendo de advertir, que todos los Códigos modernos tienden á evitar pleitos, rodeándose de precauciones y adoptando toda clase de medidas previsoras para evitar que pueda tenerse como válido lo que nulo es por no haberse verificado con la inteligencia libre y expontánea voluntad, que no puede presumirse nunca en quien fué declarado incapacitado.

Por esto, aun cuando por algunos quiera sostenerse lo contrario, y para ello pretendan apoyarse en la jurisprudencia de los Tribunales citando sentencias como la de 11 de Febrero de 1860, que realmente no determinan lo que se supone, nosotros hemos de insistir en que sin acudir más que á la sana razón y á la lógica que destruye todos los argumentos capciosos y todos los sofismas, deben establecerse las dos reglas anteriormente indicadas, una, la verdadera regla, la general, según la que todos los hombres pueden disponer de sus bienes, á no ser en los casos en que la ley expresamente lo prohiba, lo mismo entre vivos que por testamento; y después de señalarse para éste las excepciones de la falta de edad y de la falta de cabal juicio, hay que sustentar otra regla general dentro de esta última excepción, y es, la de que una vez declarada incapacitada una persona, ha de suponerse siempre incapaz mientras no se declare su sanidad, rehabilitándola al estado ordinario y natural de las gentes, ó mientras se encuentre en tal situación de incapacidad no puede presumirse la validez de los testamentos que hiciere á no justificarse que los hubiera realizado en momentos de verdadera lucidez. Y aquí se nos ocurre un idea; aquí re-

cordamos el derecho romano, según el cual el testamento había de verificarse en un solo acto; y como podría suceder, que, alejados ya de aquel principio por el derecho moderno, algunos dudasen si el testamento del loco podía realizarse aprovechando los diversos instantes de lucidez que en sus facultades se observaren, nosotros hemos de sustentar nuestra humilde opinión en el sentido de que la unidad del acto dá al mismo una formalidad tal, que abona su validez; y aun cuando no sostengamos el rigorismo del derecho romano que al absurdo llegaba en este extremo, hemos de apoyar la unidad de los actos de tal naturaleza en cuanto dependan de su material realización, expresando la voluntad del testador con esa unidad de manifestación que debe haber en todo acto solemne, aunque al consignarla por escrito se materialice aquella expresión, se estampe, por decirlo así, en el instrumento público en que se otorga con el tiempo y en la forma que necesario sea para su redacción.

Pero en el testamento del loco hay algo más que esto, en ese testamento no pueden aprovecharse los efímeros momentos de una aparente lucidez para dar validez á un testamento, no puede servir el que se hiciera por un monomaniaco en momentos en que habilidosamente se apartase de su imaginación aquella idea que domina en su cerebro y que le reduce á la condición de monomaniaco, y ha hecho precisa la declaración de su incapacidad mental: es preciso algo más, es necesario la curación de aquel enfermo, la vuelta á su estado normal, el apoderamiento de su plena razón, el despejo completo de sus facultades, en una palabra, es indispensable que en el acto de testar se halle como se encuentra el comun de las gentes, como se encontraba el mismo testador antes de declarársele incapacitado, con una inteligencia clara, un cabal juicio, una voluntad libre y expontánea que no deje lugar á dudas acerca de que la emisión de su pensamiento es justa, es racional, es lógica, es la misma que hubiera salido de su cerebro antes de enfermar y que no ha sido enjendrada ni nacida por efecto de sugestión de ningun género.

Por esto para evitar todo abuso, el Código de Guatemala determina minuciosamente todas las diligencias que han de preceder á la comprobación del estado de juicio del testador y las solemnidades de su última voluntad; el Código de Veracruz-Llave las determina igualmente en su art. 913, fijando: «que es requisito indispensable para la validez del testamento, que á lo menos dos testigos sean peritos, si pueden ser habidos; que no habiéndolos se exprese así; y que todos y el Escribano ó Juez receptor expresen en el mismo testamento su juicio acerca del estado de las facultades intelectuales del testador en los momentos de testar».

Más donde con mejor precisión encontramos detalladas las formalidades que han de observarse con el loco que pretende hacer testamento en periódo lucido, es en los artículos antes indicados de los Códigos de la Baja California, Campeche y México, que previenen que: «Siempre que un demente pretenda

hacer testamento, su tutor, y en defecto de éste la familia de aquél, presentará solicitud por escrito al Juez, quien acompañado de dos Facultativos se trasladará á la casa del paciente.=Los Facultativos examinarán al enfermo haciéndole, así como el Juez, cuantas preguntas creyeren conducentes para cerciorarse de su estado mental.=Del reconocimiento se levantará acta formal, en que se hará constar el resultado.=Si éste fuere favorable, se procederá desde luégo á la formación del testamento, cuyas claúsulas se redactarán precisamente por escrito, y con las demás solemnidades que se requieren para esta clase de instrumentos =Terminado el acto, firmarán, además de los testigos, el Juez y los Facultativos; poniéndose al pié del testamento razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio; sin cuyo requisito y su constancia será nulo el testamento».

Art. 666. Para apreciar la capacidad del testador, se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

Nada hay que decir respecto de este artículo, puesto que preceptúa lo mismo que acabamos de decir al comentar los artículos anteriores. El momento histórico en que se realiza el testamento, es aquel á que debe atenderse para la validez de dicha disposición. Si en aquella época era el testador mayor de catorce años y se hallare en su cabal juicio, su última voluntad expuesta bajo tales auspicios, válida sería, sin que al presente se tengan en cuenta las teorías del derecho romano y de las Partidas, según las que era necesario que el testador tuviere capacidad en dos épocas, ó sea en la del testamento y en la de su muerte. El buen juicio del lector nos excusa de exponer cuan absurda era aquella tesis y cuan innecesario es para que prevalezca su última voluntad hecha con cordura y en condiciones legales, que á la muerte del testador éste se halle ó no incapacitado, si en el pleno uso de sus facultades mentales se encontraba cuando testó.

Los preceptos del Proyecto de 1851, que en su art. 605 proponía relativamente al punto que nos ocupa, como los propuestos en el art. 740 del Proyecto de 1882, son exactamente iguales, en lo esencial, al artículo que comentamos, con el que encontramos sus concordancias en los arts. 3613 del Código de la República Argentina, en el 945 del de Holanda, en el 1418 del de Luisiana, en el 1006 de Chile, en el 3424 de México, 3287 del de la Baja California, 3424 del de Campeche y 913 del de Veracruz-Llave.

Ya hemos dicho que, según la legislación de Partida y el antiguo derecho romano, para la validez del testamento se exigía capacidad legal en el testador al tiempo de testar y al de su muerte, y así lo sostienen algunos fundándose en que en esta última etapa de la vida es cuando deben tenerse en cuenta ta-



les condiciones y todas las calidades requeridas para transmitir sus bienes. La razón principal que dan los defensores de tal teoría, es la de que la voluntad del testador no está solemnemente comprometida, puesto que puede cambiar y ambulatoria es hasta la muerte, no fijándose por consiguiente hasta que ésta tiene lugar: suponen también que no hay motivo para presumir que el testador hubiere perseverado hasta su último momento en la voluntad antes emitida al testar, y conceptúan que realmente el testamento es otra cosa que un proyecto de las disposiciones que se toman para después de la muerte; razón por la cual no conceptúan que el testamento sea definitivo hasta el fallecimiento del testador, y por ello exigen las mismas capacidades en éste á la muerte que al testar; mas, para nosotros, el acto testamentario desde el momento en que se otorga con las formalidades prescritas por la ley, es un acto perfecto del cual habrán de tocarse sus consecuencias en tiempo oportuno, por más que susceptible sea de revocación por un cambio de voluntad. Pero, ¿podría suponerse que no habiéndose verificado ese cambio mientras el hombre continuó en cabal juicio, dejase de persistir en aquella voluntad cuando sus facultades mentales se declarasen perturbadas? ¿No sería la mayor de las injusticias el que por haber incurrido en locura el que testó bien, fuera á conceptuársele intestado, á declararse nula su última voluntad por haber tenido la desgracia de hallarse incapacitado al morir? Esta sola razón bastaría para que se conceptuase como válido aquel acto perfectamente legal que se ejecutó cuando el testador podía ejecutarlo. Y ya la ley 3.ª, tit. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, prevenía que sólo debe atenderse al tiempo en que se otorga el testamento para decidir sobre la capacidad del testador como lo dispone el artículo que de nuestro Código comentamos.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS TESTAMENTOS EN GENERAL

Art. 667. El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama testamento.

Ya hemos dicho como definían el testamento Modestino y Ulpiano, y decir debiéramos también que el legislador, en la Ley de Bases, número 15 de la misma, procuró que se mantuviere en su esencia la legislación vigente sobre testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases, añadiendo el ológrafo, así como todo lo relativo á la capacidad para disponer y adquirir por testamento la institución de heredero, la desheredación, las mandas y legados, la institución condicional ó á término, los albaceas y la revocación

ó ineficacia de las disposiciones testamentarias, ordenando y metodizando lo existente y completándolo en cuanto tienda á asegurar la verdad y la facilidad de la expresión de las últimas voluntades. Pues bien, para facilitar la expresión de las últimas voluntades, no puede prevalecer con buen éxito el derecho histórico en esta materia, porque sus formalidades múltiples embarazan y entorpecen lo que precisamente por el legislador quiere facilitarse, las últimas disposiciones; y en cuanto á asegurar la verdad de las mismas, no se obtendrá el mejor resultado por persistir en el formularismo del derecho romano, bastando para ello la consignación de la última voluntad ante el Notario público y los testigos; puesto que si la fe pública ha de conceptuarse como una verdad, y en ella han de confiarse los poderes públicos, bajo su honrada promesa de cumplir las leyes con la exactitud debida, basta y sobra la dignidad de los funcionarios públicos que encargados están de la misma para asegurar la verdad de los testamentos.

Perfectamente definido aparece el testamento en el art. 667 que comentamos, pues efectivamente acto es, y uno de los más trascendentales de la vida, en virtud del cuál, la persona que se halla dentro de las condiciones legales, dispone para después de su muerte de la totalidad de sus bienes ó de una parte de los mismos.

Hemos dicho que este Código definía perfectamente el testamento y no podemos menos de insistir en tal aseveración, porque sin ser aficionados á sostener sistematicamente que las obras del legislador son perfectas todas, tampoco hemos querido sistematicamente nunca combatir por puro capricho los preceptos legislativos hasta el extremo de ponernos en contradicción, como lo hacen algunos publicistas al encomiar la sencillez que debe dominar en los testamentos, para criticar después apasionadamente la definición que de los mismos dá este Código, solo porque en esa definición se considera como acto lo que acto es, y no se le adicionan algunas exuberantes palabras que den importancia al ejercicio de testar, y adornen con solemnidad pomposa lo que para ser solemne no necesita fantasmagoria ni palabras huecas.

El testamento, llámesele acto, llámese expresión solemne de nuestra voluntad, por su misma naturaleza, por su objeto, será siempre solemne y trascendental, como lo son todos aquellos actos que transfieren la propiedad, que trazan cuál ha de ser el destino de los bienes de uno para después de la muerte, y preveen las necesidades de la familia, como dan muestra de la gratitud debida á la sincera amistad y dé la remuneración de especiales servicios: por consiguiente no necesita calificativo alguno para dar á conocer la importancia que dicha institución tiene en si. O el testamento es hijo del derecho de propiedad y reconoce por una de sus causas principales la necesidad social, al propio tiempo que la individual, ó el testamento quiere suponerse que sea como fué en otro tiempo una señal de poderío. Si el testamento se mira bajo este concepto, re-

troceder debemos á épocas que no volverán, á tiempos que no tenían la sávia ni las costumbres de nuestros tiempos; entonces se comprendía perfectamente que el testamento tuviera un carácter á la vez que público, religioso; y además de religioso, político; y que se diese por fines que apartándose hasta cierto punto del individualismo, entonces oscurecido ante la sociedad, llenase más que las necesidades individuales, un fin esencialmente social. Se comprende perfectamente que en los tiempos de la antigua Roma, se trasmitiesen por el testamento no sólo los bienes del testador, sino más que nada el poderío, el sacerdocio familiar, y aquella ritualidad del hogar doméstico en la que se traducían las tradiciones que conservaban el nombre de los antepasados y hasta los dioses penates de cada una de las familias. Pero hoy, que las sociedades están ya constituidas, hoy que la tradición se admira como antecedente si se abandona por la ley positiva, hoy que el individualismo impera, y que los poderes públicos dejan de ingerirse en los asuntos puramente familiares, diferenciando perfectamente la esfera religiosa de la esfera política, y dando al individuo el lugar que le corresponde en la familia, como á las familias todas el alcance que deben tener en el municipio, y á los municipios la intervención que para relacionar al individuo con los poderes públicos deben ejercitar, el testamento como la propiedad son de carácter puramente civil, son transiciones convenientes y racionales que á la vida de las familias contribuyen, y que bajo disposiciones que coadyuvan al mayor desarrollo de la riqueza pública, tienden sus miras á que los descendientes del testador disfruten de los bienes de éste y bajo aquella base que de recuerdo sirve no sólo de los progenitores por sus esfuerzos para el aumento de capitales, sino por el cariño que aquellos desvelos implican en pro de sus sucesores, estos fomenten esa misma riqueza y bajo aquella base, de sus padres procedente, funden su constante trabajo para engrandecer su fortuna y ayudar al que en su realización directa ó indirectamente les apoye.

De manera que el cariño del testador se ve en sus manifestaciones; y aunque la definición que el Código dá, trata exclusivamente de la disposición de esos bienes para después de la muerte, no es por esto contrario el acto que nos ocupa á los demás intereses no materiales que de la voluntad del testador dependan, pues bien por esto puede el testador manifestar sus postreros deseos, depositar sus pensamientos últimos en su heredero y confiar el cumplimiento de su voluntad á sus sucesores; pero como desgraciadamente en la vida práctica esos pensamientos, esos deseos se traducen en la efectividad de su realización y ésta es irrealizable si no se dispone de medios para ejecutarlos, de nada serviría que un testador confesase sus deudas, manifestase los acreedores de su familia, declarase su deseo de satisfacer atenciones místicas, revelase filiaciones hasta entónces desconocidas, si no tenia bienes con que atender á remediar todo aquello malo que confesaba de su vida mundana, ni para sa-

tisfacer las necesidades de aquellos hijos hasta entónces ignorados, ni para llenar sus disposiciones piadosas, ni para satisfacer sus deudas confesadas. Por consiguiente, apartándonos de ese clamoreo de algunos publicistas por cuanto á la definición del testamento no se la ha adornado con frases pomposas que demostrasen la solemnidad del acto, y de lamentaciones por algunos expuestas, en razón á no haberse ocupado dicha definición de esos otros intereses que no son esos intereses materiales y que se supone forman la parte principal de un testamento, hemos de insistir en que la definición comprendida en el artículo que comentamos, en el terreno del derecho civil, llena los fines para que se dá, deja ancho campo á todas las disposiciones que caben dentro de la testamentifacción, tanto las relativas á los bienes como las concernientes á la familia y al mismo causante, sin limitar en nada la naturaleza del testamento, ni reducirlo á una institución mezquina como suponen algunos; porque al expresar el testador en su última voluntad su pensamiento, si no dispusiera de sus bienes en todo ó en parte como nuestro Código dice, no podria atender con ellos á los llamamientos de su conciencia y á las necesidades de sus menores; y disponiendo para después de su muerte de sus bienes ó parte de ellos, pueden cumplirse los fines de ese pensamiento sublime, de esa última voluntad, sin que haya necesidad de que en una definición técnica se consigne cuales son esos fines, ni si hace confesión de culpas pasadas, ó revelación de hechos hasta su muerte ignorados por la familia.

Es más, los que tal definición critican, parten del supuesto de que el testamento debe hacerse en las postrimerias de la vida, cuando ya el hálito de la vida espirante merma su funcionalismo y ofusca su razón; mientras nosotros creemos que la facultad de testar debe ejercitarse cuando el testador se encuentra en plena salud de cuerpo y de espiritu. Y si acudimos á nuestro derecho histórico no encontramos tampoco gran diferencia entre la definición que daba la Ley 2.ª, tit. 1.º, Partida 6.ª, y la que dá nuestro Código, pues en aquella Ley de Partida ni se hablaba de esas solemnidades que algunos tanto echan de menos en nuestro Código, ni se expresaba tampoco que el testador pudiera hacer confesiones generales, ni revelaciones extraordinarias, ni dedicar su espiritu á intereses materiales, ni todas esas cosas que tanto desean se consignen en una definición los declamadores contra el articulo que nos ocupa; pues la Ley de Partida antes citada definia sencillamente el testamento, diciendo que: *era la voluntad ordenada en que cada uno establece heredero de todo ó de parte lo suyo, en aquella manera que quiere quede despues de su muerte.*

Mas si todo lo expuesto no fuere bastante para demostrar que la definición que nos ocupa es técnica y llena las necesidades de la época en que vivimos, nos bastaría abrir los Códigos de los países más civilizados y en ellos encontraríamos definiciones análogas á la de nuestro Código; definiciones en las que perdiéndose todas aquellas fórmulas aparatosas de las que parecia deducirse la

solemnidad del acto y la importancia del mismo, se limitan á presentarnos el testamento como un medio de transferir la propiedad de una persona á otra, como la manera lógica y racional de adquirir la propiedad, como una de las formas de la testamentifacción, como uno de los signos indelebles de la libertad y la perpetuidad de esa propiedad. Y esto es lo único que ante el derecho civil privado hay que considerar al tratar del testamento. Por eso el Código de Italia en su art. 759 define el testamento diciendo que *es un acto revocable, por el cual el hombre, siguiendo las reglas establecidas por la ley, dispone para el tiempo en que ha dejado de vivir, de todo ó parte de su patrimonio en favor de una ó muchas personas*; mientras el de Francia en su art. 895 nos dice que *el testamento es un acto por el cual dispone el testador, para el tiempo en que ya no exista, del todo ó parte de sus bienes, pero que puede revocar*; cuya definición reproduce en todas sus partes el art. 895 del Código de Belgica; y el Código de Chile en su art. 999 preceptúa que el testamento es un acto más ó menos solemne en que una persona dispone de todo ó parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus dias, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva. Análogas definiciones contienen el Código de Portugal en su art. 1739, el de Guatemala en su art. 766, el de Uruguay en su art. 741, el de Luisiaua en su art. 1445, el de Holanda en su art. 922, el de Vaud en su art. 558, el de la República Argentina en su art. 3607, el de Nápoles en su art. 815, el de México en su art. 3374, el de la Baja California en su art. 3237, el de Campeche en su art. 3374, y el de Veracruz-Llave en su art. 864: debiendo hacer presente que todos lo consideran como un acto natural de la vida, que expresado con más ó menos solemnidades sirve al objeto de transmitir la propiedad, ó es un medio de disponer de los bienes para después de la muerte; lo cual se demuestra sin más que recordar las definiciones que acaban de transcribirse como lo justifica también la que de testamento dá el Código de Veracruz-Llave, expresando que *es un acto solemne por el que dispone el hombre de todo ó parte de sus bienes, para después de su muerte, en favor de una ó más personas*; y las definiciones que los Códigos de México, Baja California y Campeche vienen dando en los articulos anteriormente citados, pues todos estos dicen: *El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama testamento.* Y hasta el Código Argentino, que parece ser el que más extrictamente sigue las antiguas huellas del derecho romano, se aparta en esta materia de aquel ritualismo y define el testamento, diciendo que, *es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por él cual una persona dispone del todo ó parte de sus bieues, para después de su muerte.*

Art. 668. El testador puede disponer de sus bienes á título de herencia ó de legado.

En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia.

El precepto de este artículo no otra cosa quiere decir sino que, lejos de supeditarse al ritualismo de nuestro antiguo derecho y al que preceptuaban las venerandas instituciones romanas, lejos de tener que disponer esencialmente de los bienes á título universal en favor del heredero, y apartándose de la teoría sustentada por aquellos de que donde no había institución de herederos no podía haber testamento, ni mucho menos haber legados, hoy puede el testador disponer de sus bienes lo mismo á título de herencia que á título de legado, de tal manera que aunque dicho testador en su última voluntad no pronuncie la palabra heredero para significar aquel que ha de sucederle en la totalidad ó parte de los bienes que de su pertenencia dispone, con tal que se vea clara y expresa su voluntad de transferir dichos bienes á una persona determinada, será válida tal disposición y se conceptuará como hecha á título universal ó de herencia.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 556, y el de 1882 en su art. 663, proponían preceptos análogos; y concordancias encontramos en el art. 760 del Código de Italia, en el 712 del de Uruguay, 967 del de Francia, 967 del de Bélgica, 866 y 867 del de Veracruz-Llave que dicen textualmente: *El testador puede disponer á título universal ó de herencia, y á título particular ó de legado. —Aun cuando el testador no haya empleado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia*; teniendo algunas analogías con el precepto que nos ocupa los arts. 3369 del Código de México en relación con el 3384 del mismo, el 3232 del Código de la Baja California relacionado con el 3247 del mismo, y los arts. 3369 y 3384 del Código de Campeche en la relación antes indicada del Código Méxicano.

Concordancias existen también entre el precepto de nuestro art. 668 y el 3606 del Código de la República Argentina, en que se establece que, *toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento*, con arreglo á las disposiciones de dicho código, *sea bajo el título de institución de herederos, ó bajo el título de legados, ó bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad*; lo cual quiere decir de un modo claro, que en la República Argentina se rechazan los codicilos, y sólo bajo la palabra testamento se admiten todos los actos de última voluntad, con tal que se hallen revestidos de las formalidades necesarias para su validez, que en el mismo Código se establecen.

Art. 669. No podrán testar dos ó más personas mancomunadamente, ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

Están conformes todos los Códigos modernos en rechazar, como rechaza el nuestro, los testamentos llamados de mancomunidad, por cuanto en ellos ven el origen de infinitos litigios y conceptúan que se oponen á la libertad que debe haber en el que testa, ocasionando además grandes dudas acerca de la revocabilidad de esta clase de testamentos, pues verdaderamente es difícil sentar un principio fijo respecto de cual de las voluntades debe prevalecer para que se conceptúe revocado dicho testamento, pues como son las dos igualmente imperantes, se hace preciso á que se pongan de acuerdo las personas que de comunidad hicieron el testamento ó que en caso contrario se le dé más importancia á la voluntad del uno que á la del otro, para que produzca efecto el desestimiento de la volición de los que convenidos, al parecer determinaron disponer mútuamente de sus bienes, en condiciones tales, que más bien se parecen á las que informan los contratos aleatorios, que las que deben servir de base á toda última voluntad.

Es preciso convencerse, á las instituciones como á las cosas no puede darse otro carácter que el que por su naturaleza tienen, y como el testamento no tiene por si el carácter de contrato, ni es otra cosa que el acto por el cual uno dispone libremente de sus bienes para después de su muerte, desde el momento en que quiera otorgarse bajo la confluencia de dos voluntades, que se otorgan derechos reciprocos, que se transfieren obligaciones mútuas, aquel acto deja de ser testamento para convertirse en contrato, y esto es lo que venia sucediendo en el testamento mancomun, en el que, sin más que fijarse en sus términos ordinarios, hemos visto siempre la estipulación de una esperanza cuyo cumplimiento dependia de la muerte de uno ó de otro contrayente, llegando á ser hasta inmoral.

Precedentes de este articulo los encontramos en el Proyecto de 1882, cuyo art. 664 venia á proponer el mismo precepto que el que hoy en el articulo que nos ocupa se consigna, y en vigor queda desde luego; sin que hayamos de esforzarnos en buscar antecedentes en el derecho romano, en ese derecho que de norma sirvió ordinariamente á nuestra legislación, pues no tiene tal origen: fué puramente de derecho patrio. El testamento mancomún, conocido con el nombre genérico de testamento de hermandad, denominado también testamento mancomunado, mútuo, reciproco, nació en nuestra patria con la Ley 9.ª, titulo 6.°, lib. 3.° del Fuero Real, en cuyo precepto se autorizó para que se otorgase entre marido y mujer, y la costumbre lo fué extendiendo hasta hacerlo general entre los extraños.

En Aragón se conocía con el nombre de testamento mancomún, y defini-

do quedaba como lo definieron las leyes comunes; mas, si bien no se usa generalmente entre extraños, continúa en aquel país vigente la Observancia 1.ª de *testamentis*, con arreglo á la cual es válido el testamento otorgado á la vez por ambos cónyuges. Vizcaya sigue los mismos principios sustentados en la Ley 1.ª, tit 21 de sus Fueros. Navarra regula su facultad de disponer con arreglo al capitulo 4.º, tit. 4.º, lib. 2.º del Fuero, admitiendo también la mancomunidad entre el matrimonio, Y en Cataluña se ve con frecuencia que los esposos testan mancomunadamente ó haciéndose concesiones, pero limitándose en estos paises aforados el testamento mancomún al de marido y mujer.

Todos los Códigos extranjeros prescriben los testamentos de mancomunidad y tanto el art. 968 del Código de Francia, como el 761 del Código de Italia, el 968 del de Bélgica, el 1003 del de Chile, el 809 del de Guatemala, el 1753 del de Portugal, el 743 del de Uruguay, el 583 del de Austria, el 977 del de Holanda, el 646 del de Vaud, el 1566 del de Luisiana, como otros varios Códigos extranjeros rechazan el testamento de mancomún. preceptuando el Francés, en el articulo antes indicado, que *no podrá hacerse testamento en un mismo instrumento por dos ó más personas, bien en beneficio de un tercero ó por disposición mútua ó reciproca*, cuyo texto reproduce en todas sus partes el Código de Bélgica, en el articulo citado; mientras que el Código Italiano dice que: *no podrá hacerse un testamento por dos ó más personas en un mismo acto, ni en beneficio de un tercero ni por disposición reciproca*; y el art. 868 del Código de Veracruz-Llave sostiene casi la misma tesis que el nuestro, pues previene que: *no pueden dos ó más personas testar en un mismo acto, sea reciprocamente, en provecho suyo ó de un tercero*, y tanto el Código de México, en su art. 3383, como el Código de la Baja California, en su art. 3246, y el Código de Campeche, en su art. 3383, previenen que: *no pueden testar en el mismo acto dos ó más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero*; mientras que el Codigo de la República Argentina, en su art. 3618, prescribe que: *un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos ó más personas, sea en favor de un tercero, sea á título de disposición reciproca y mútúa*, con cuyo precepto está perfectamente de acuerdo en la esencia el art. 893 del Código de Nápoles, como lo están la mayor parte de los Códigos de los pueblos civilizados. Todo lo cual es perfectamente lógico, pues como hemos indicado antes, siendo esencialmente libre el testamento, dependiendo en absoluto de la ambulatoria voluntad de su autor, no puede ser hecho más que por una persona en el mismo acto, puesto que desde el momento en que concurriesen varias voluntades no podría ser cambiado ó modificado más que por el concurso de todas aquellas mismas voluntades que se adunaron en unánime opinión al otorgarlo, y esto contrariaria el principio de la libertad é independencia del testamento, puesto que dificultaria su revocación, por lo cual en los paises donde se ha sostenido tal testamento de mancomún se han suscitado mi-



les de dificultades, y la jurisprudencia no ha sido muy conforme en la aplicación que debía hacerse del principio de la revocabilidad durante la vida de los testadores ó después de la muerte de uno de ellos. Mas, no por esto se crea que la prohibición se extiende más allá de la comunidad del acto, pues nadie puede impedir que una persona disponga de sus bienes en favor de otra en un testamento, y que la favorecida por éste transmita sus bienes en otro testamento á la persona que le instituye heredero; ó que dos personas ó más otorguen sus testamentos separadamente en favor del mismo individuo, pues ya entonces serán actos independientes de la voluntad ambulatoria de cada uno de los testadores que revocarse podrán el dia que á cada uno le conviniere, pues no están sujetos á la institución que los otros hicieran en diverso testamento, como sujetos quedarian verificándolo todos en el mismo acto y en el mismo instrumento: y aunque se quiera objetar que admitiéndose las donaciones mútuas deben sostenerse los testamentos reciprocos, no es lo mismo esta clase de testamentos recíprocos en instrumentos separados que el testamento de mancomunidad hecho bajo el mismo título; y aunque pudieran equipararse los unos á los otros, tampoco se encuentran en el mismo caso el donante que el testador, pues el primero transfiere desde el momento en que hace la donación ó sea inmediatamente, y tiene que inspirarle un mayor recelo la despropiación de sus bienes durante su vida, por lo cual el temor de quedarse sin lo necesario para su subsistencia, ha de hacer que sea parco en el donar, mientras que el testador es, naturalmente, más extenso en sus liberalidades porque no trasmitiendo sus bienes hasta después de la muerte no puede ver las consecuencias de su largueza y desprendimiento.

Art. 670. El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, ni en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituídos nominalmente.

Los abusos cometidos á la sombra de testamentos fideicomisarios han venido á determinar la necesidad de su prohibición, pues realmente, el dejar al arbitrio de un tercero la disposición de nuestros bienes es absurdo y revela, ó una falta de libertad que nunca debe mostrarse en los actos de la razón humana, ó una falta de cordura del que, no preveyendo las consecuencias de tan utópico modo de obrar, abandona su volición al capricho de un tercero, enjendrando pleitos, creando enemistades y poniendo á prueba virtudes poco acrisoladas, que no teniendo idea de una verdadera y fortalecida conciencia,

abusan de la confianza que supieron inspirar en el causante para enriquecerse en perjuicio de los llamados por la ley á suceder al finado: por ello nuestro Código Civil ha dado muestras de su buen acierto y discreción prohibiendo lo que las Leyes de Toro constituyeron y de cuyas disposiciones se hizo consignación en la Ley 19, lib. 10 de la Novísima Recopilación, estableciendo principios que había rechazado el derecho romano en las Leyes 32 y 70, tít. 5.º, del lib. 28 del Digesto, á las que siguieron fielmente las Leyes 9.ª, tít 3.º y 29, tít. 9.º de la Partida 6.ª, en las que se ordenó que *el establecimiento del heredero é de las mandas non deben ser puesto en albedrio de otro.*

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 558 y el Proyecto de 1882 en su artículo 665 formulaban preceptos análogos al que nos ocupa; y concordancias encontramos con los arts. 769 del Código de Guatemala, 1004 del de Chile, 744 del de Uruguay, 1740 del de Portugal, 651 del de Austria, 3375 y 3376 del de México, 977 del de Holanda, 1766 del de Luisiana, 3619 del de la República Argentina, 3238 y 3239 del Código de la Baja California, 3375 y 3376 del de Campeche y 869 y 870 del de Veracruz-Llave: debiendo consignar como uno de los más claros preceptos antes citados, el del Código Argentino, en el cual se ordena que: *Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder á otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero*: mientras los artículos antes citados del Código de Veracruz Llave previenen que: *El acto de testar es personalísimo: la formación del testamento no puede dejarse en todo ni en parte al arbitrio de un tercero.* Tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia de la institución de heredero ó de la manda, ni la designación de su cantidad, pero sí el repartimiento, cuando la disposición comprenda á toda una clase de personas, como parientes, pobres y criados.

Los Códigos de México, Baja California y Campeche preceptúan en los artículos antes citados que: *El testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador; y que no puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las cantidades que á ellos correspondan, cuando son instituidos nominalmente.*

Art. 671. Podrá el testador encomendar á un tercero la distribución de las cantidades que deje en general á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres ó á los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas ó establecimientos á quienes aquellas deban aplicarse.

El precepto de este artículo puede conceptuarse como una excepción al artículo anteriormente consignado, excepción hasta cierto punto conveniente, pues hay ciertas mandas que sólo por medio de una tercera persona distribui-

das podrían dar un buen resultado, como sucede con las hechas á los pobres y algunos establecimientos de beneficencia, respecto de los que no siempre es fácil que el testador conozca las verdaderas necesidades, tanto de los pobres como de los establecimientos de beneficencia á los que quiera dedicar una parte de sus bienes.

Este articulo ha sufrido en la edición vigente una ligera modificación que consiste tan sólo en suplir la palabra *cometer* que en la primera edición consignaba dicho articulo, con la frase *encomendar* que el articulo que comentamos consigna, por conceptuarla más técnica y expresiva.

Un precepto análogo propuso el Proyecto de Código de 1882 en su art. 666, encontrando precedentes del que nos ocupa en la Ley 3.ª, tit. 10, Part. 6.ª

Concuerda el articulo que comentamos con lo prevenido en los arts. 3377 y 3378 del Código de Campeche, 3240 y 3241 del de la Baja California, y 3377 y 3378 del de México, 651 del de Austria, 744 del de Uruguay, y 1740 del de Portugal, expresando terminantemente los Códigos Mexicanos, que *puede el testador cometer á un tercero la distribución en la proporción que designe de las cantidades que deje á clases determinadas, como parientes, pobres, huérfanos, etcétera, y la elección de las personas á quienes aquellas deben aplicarse; y que puede también cometer el testador á un tercero la elección de objetos ó establecimientos públicos ó de beneficencia á los que deje sus bienes, y la distribución de las cantidades que á cada uno correspondan.*

Art. 672. Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que despues de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

Los preceptos de este articulo tienen indudablemente por objeto evitar suplantaciones y fraudes, pues es sabido que todas esas cédulas, memorias testamentarias y papeles privados, pueden extenderse por personas conocedoras del testador y revistiéndolas de ciertas fórmulas, hacerlas pasar por la verdadera emisión de la voluntad del causante. Y si bien en el articulo que comentamos se ordena que sea nula toda disposición si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, nosotros abrigamos la más firme persuasión de que ni aún con esas formalidades debieran conceptuarse como válidas las últimas voluntades expresadas de manera tan expuesta á ser falsificada. No se comprende que en esta época en que tanto se facilita la libre emisión de la volnntad del hombre, la libre testamentifacción; que en esta época en que con tanta sencillez y con tan escasos gastos puede

uno acudir ante el Notario público, se consientan los testamentos hechos con la informalidad de una simple cédula que muchas veces no contendrá la verdadera voluntad del causante; y aún cuando el legislador ha supuesto que aseguraba la verdad de la libre emisión de la voluntad del testador con exigir á dichas cédulas los mismos requisitos que se previenen para la validez de los testamentos ológrafos, realmente no quedan con esto salvados los inconvenientes que el asunto presenta, ni se evitan con ello las falsedades que tan frecuentemente se nos presentan en la vida práctica: mayor garantía era la que la Jurisprudencia sentada habia exigido no considerando valederas las cédulas que dejaran de verse confirmadas en testamento con condiciones de validez, pues de este modo no sólo fuera fácil la identidad de los documentos, sino que con los antecedentes expuestos en dicho testamento se hacia imposible la falsificación de las cédulas.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 560, propuso como, el art. 667 del Proyecto de 1882, preceptos análogos al que nos ocupa; y tanto en el articulo 3620 del Código de la República Argentina, como en el art. 1002 del Código de Chile, en el 746 del de Uruguay, y en el 1741 del de Portugal, se encuentran concordancias con el precepto de nuestro Código que comentamos; si bien debe hacerse presente que en el de Uruguay carecen de valor las cédulas testamentarias; debiendo tenerse en cuenta que el precepto del artículo citado del Código Argentino es enteramente igual al nuestro.

Art. 673. Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude.

Este precepto era hasta innecesario, pues desde el momento en que se ha expuesto, como no puede menos de exponerse, que el testamento es un acto de la libre voluntad de una persona, en el cuál se dispone del todo ó parte de sus bienes para después de su muerte, no cabe duda que los requisitos esenciales de todo testamento han de consistir en la libre emisión de la voluntad del que testa; en la inteligencia completa y despejada del que dispone, en la expontaneidad y libertad de su acción; y por tanto, desde el momento en que al otorgar el testamento haya violencia, dolo ó fraude, no podemos conceptuar que existe la libre y expontánea voluntad del testador, en razón á lo cual hay que conceptuar necesariamente nulo todo testamento en que no aparezca esa libertad de acción, esa expontánea voluntad del que, sin coacción de ningún género tràsmite sus bienes á las personas de su mayor afecto, con quien más intimamente ligado se encuentra por vínculos de familia ó de amistad; de manera que ocioso es pronunciar una palabra más en sentido de corroborar lo que el artículo que comentamos prescribe.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 668, proponia igual prescripción, y

recordando sus precedentes la lectura de la Ley 29, tít. 1.°, Part. 6.ª, no podemos tampoco menos de hacer presente que el precepto que nos ocupa tiene sus concordancias más completas en el art. 1007 del Código de Chile, en el 1748 del Código de Portugal, en el 751 del de Uruguay y en otros varios Códigos extranjeros.

Art. 674. El que con dolo, fraude ó violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho á la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.

Justo castigo á las coacciones viene á imponer el art. 474 que de nuestro Código comentamos; y en su justicia ostenta otro principio ciertamente atendible, que es el de no confundir la acción civil con la acción criminal, y marcar deliberadamente que además de la pérdida de los derechos que á la herencia pudiera tener, hay otro castigo personal, hay otra pena para aquel que de tal manera violenta la voluntad humana, y que de ese castigo se ocupa el Código Penal; de manera que en este articulo tenemos por un lado la prescripción de un correctivo en el terreno del derecho civil, al que indigno se hace de heredar abintestato á su causante, por la comisión de verdaderos delitos, y se apunta además la responsabilidad penal á que por dichos delitos se hizo acreedor el que los perpetró.

Ya las Leyes 26 y 27, tít. 1.°, Part. 6.ª privaban de la herencia á aquel que impidiere á otro hacer testamento ú obligare á cambiar de última voluntad; y el Proyecto de Código de 1882 en su art. 669 proponía preceptos análogos al que en nuestro Código se consigna; viéndose concordancias con éste en el art. 804 del Código de Uruguay, en el 1749 del Código de Portugal, en el art. 3428 del Código de Campeche, en su número 7.°, en el número 7.° del art. 3291 del Código de la Baja California, en el número 7.° del art. 3428 del Código de México y en el número 12 del art. 220 del Código de Veracruz-Llave; como en la esencia concuerda con todos los principios de sano criterio que se consignan en los Códigos de los pueblos más civilizados.

Art. 675. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme á la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

Es evidente que ha de presumirse siempre que la voluntad del testador es aquella expresa en el sentido literal de las palabras consignadas en el testamento, y rara vez podrá suceder que aparezca de un modo claro que la intención del causante fué distinta de aquella que quedó expresada, más en caso de duda, el precepto del artículo que comentamos previene que se observe lo que más conforme á la intención del testador aparezca, según el tenor del mismo testamento. En esto creemos que la interpretación de la ley debe ser muy restrictiva, porque si se hiciese con extensión extraordinaria, vendríamos á destruir todas las últimas voluntades ó la mayor parte de ellas, so pretexto de que no fué aquella la intención del testador; y vale más sostener siempre que la voluntad del causante es la que expresa se ve en el testamento, que dar lugar á que los pleitistas de oficio sostengan debates forenses que aniquilen y destruyan los bienes herenciales bajo falsas hipótesis acerca de la intencionabilidad del testador. Otra cosa es que cuando en un testamento se vean expuestas ideas antitéticas, se observen contradicciones en los conceptos, haya de tenerse en cuenta aquel que predomine en la generalidad de las concepciones del instrumento público en que se otorgó, haya de observarse aquello que más razonable sea y que más en conformidad se hallare con los preceptos que la ley, fundándose en los impulsos de la naturaleza, dicta para las sucesiones intestadas, pero siempre debe irse con mucha parsimonia en la apreciación de las supuestas intenciones del testador, siempre los tribunales han de inclinarse al texto literal de la ley, que ley es para los sucesores el textamento de su causante, en cuanto no contrarie los conceptos jurídicos que según los principios de la equidad y la justicia informar deben todas las prescripciones legales.

Otro extremo comprende el artículo que nos ocupa digno de especial mención, pues se ha abusado demasiado de consignar en los testamentos una cláusula que muchas veces se hace hasta ridícula: *la prohibición de impugnar el testamento bajo pena de pérdida de los derechos que pudiera tener el que lo impugnare*; cláusula, repetimos, de la cual se ha abusado en extremo y que rara vez hemos sabido conocer el alcance que en buena ley pudiera tener, pues por más que los defensores de tal fórmula supongan que de esa manera el respeto á la última voluntad del testador se impone y se evitan costosos litigios, nosotros sin tener afición á multiplicar indebidamente los debates forenses ni á cercenarlos, comprendemos perfectamente que el testador pueda tener libertad omnímoda para disponer de sus bienes en cuanto no perjudique derechos adquiridos, pero no sabemos comprender el porque el círculo de su libertad se ha de ensanchar desmesuradamente más allá de la extensión que en vida tendría, hasta el extremo de penetrar la esfera de acción de los demás, hasta el caso de mermar ó destruir los derechos de sus sucesores legítimos. Se comprende perfectamente que ese castigo pudiera imponerse al que sin derecho alguno en la herencia, por un capricho del testador viniese á participar de sus

bienes, y en pago de esa liberalidad fuese la ingratitud á la memoria del causante la que imperase en las acciones del heredero advenedizo, sosteniendo pleitos contra los legatarios de aquella misma persona que le instituyó heredero de aquella misma fortuna, ó que tal impugnación hiciera el legatario, pero no comprendemos en modo alguno que esa cláusula de prohibir la impugnación de las últimas voluntades, se haga general y mucho menos que se abuse de ella.

Ya hemos dicho repetidas veces, que al testar, los derechos del testador deben limitarse á los que en vida tenía respecto de sus cosas; y también hemos sostenido que en la relación armónica que en la sociedad debe haber entre los individuos que la forman, los derechos y los deberes son recíprocos y mútuos: hemos sustentado también que los derechos de un individuo no pueden romper bajo concepto alguno el valladar de los derechos del otro, porque de admitirse tal ruptura, de consentirse tal ingerencia, estaria demás la sociedad, y los derechos absolutos del hombre, irrealizables en su totalidad dentro de ésta, vendrían á crear la mayor de las luchas que sólo produciría el aniquilamiento y exterminio.

Pues bien: si para que la sociedad exista, se hace indispensable que los derechos de un individuo se armonicen con los de otro, que la idea del derecho lleve siempre consigo la idea del deber mútuo, ¿sería factible que esos principios á que debemos reducirnos en vida, dejasen de atenderse para cuando disponemos de nuestras cosas por causa de muerte con relación á los momentos históricos en que ya nuestra existencia haya desaparecido, y de la cual á lo más, se conserve algún ligero recuerdo más ó menos duradero, mas ó menos intenso, según la bondad de nuestras acciones? Al absurdo nos llevaría el sostenimiento de tan utópicas teorías.

Lo lógico, lo racional, es que el testador no pueda prohibir se impugne su testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley. Y si no la hubiere, la condena de costas y perjuicios sería el castigo más merecido de los que impugnasen un testamento válido á todas luces.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 670 como el de 1851 en su art. 722, propusieron preceptos análogos, si bien con el de 1882 está más conforme el artículo que nos ocupa.

Precedentes de este artículo se encuentran en varias disposiciones del Digesto y de la Ley de Partida, que innecesario es citar en todas sus partes, si bien deberemos hacer especial mención de la Ley 5.ª, tít. 33, Partida 7.ª, que en lo relativo al primer apartado del artículo que comentamos no puede ser más explícito, pues preceptuaba que: *las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente*, así como *ellas suenan, é non se debe el juzgador partir del entendimiento dellas fueras ende cuando pareciere ciertamente que la voluntad del testador fuese otra que non como suenan las*

palabras que están escritas; y á pesar de lo terminantemente que el célebre Código Alfonsino se expresa bajo la inteligencia del concepto jurídico de tal prescripción, se han sostenido infinidad de litigios, por cuanto ya hemos dicho anteriormente, que si se dá laxitud al precepto que tales teorías entraña y que nuestro Código parece seguir, bajo el pretexto de la intencionalidad del testador, se harán interminables las luchas forenses para los que conveniente les sea divorciar la expresión gráfica de la voluntad del testador expuesta en las palabras consignadas en el instrumento público en que otorgue su testamento, la verdadera intención del que así supo y quiso expresar su última voluntad: por esto hemos visto entre los varios litigios ya sostenidos á la sombra de una falsa interpretación de la indicada Ley de Partida, que el Tribunal Supremo de Justicia en sus Sentencias de 7 de Enero de 1861, de 20 de Enero de 1862, de 20 de Diciembre del mismo año, de 23 de Septiembre y 11 de Diciembre de 1865, de 12 de Octubre de 1886, de 30 de Noviembre de 1867, de 21 de Octubre de 1868 y otras varias que prolijo sería enumerar, se ha visto en la necesidad de declarar, que la referida Ley de Partida no es aplicable cuando las palabras del testador aparecen claras y terminantes; que cuando sean algún tanto dudosas deben entenderse llanamente así como suenan; que la voluntad consignada de una manera clara y explícita, debe cumplirse en los mismos términos en que se manifestó, sin que sea dado entender sus palabras de otro modo que llanamente y como suenan.

Concordancias encontramos en el art. 757 del Código de Prusia, en los artículos 1752 y 1761 del Código de Portugal, en el art. 720 del Código de Austria, en el 1069 del de Chile, en el 3384 del de México, 3247 del Código de la Baja California, y 3384 del de Campeche; expresándose en estos tres últimos el mismo precepto que consigna nuestro Código, si bien con la adición de que ha de estarse no sólo al tenor del testamento, sino de la prueba auxiliar que respectivamente pueda rendirse.

SECCIÓN TERCERA

DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS

Art. 676. El testamento puede ser común ó especial.
El común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado.

Consigna este artículo las diferentes clases de testamento que pueden existir con arreglo á la ley; y aunque algunos, por criticar despiadadamente las obras del legislador, censuran el sostenimiento de ciertas clases de testamento, especialmente el ológrafo; y, poniéndose en contradicción con las teorías por los mismos expuestas, piden sencillez en su otorgamiento, después de ha-



berse quejado de la definición que del mismo dá nuestro Código, porque en ella no se expresa cosa alguna acerca de las solemnidades del testamento y de sus fines públicos, políticos y religiosos; nosotros estamos conformes con la clasificación de nuestro Código.

No comprendemos, ni queremos adivinar la razón de tal heterogeneidad de ideas en ocho ó diez páginas de un mismo libro. Por un lado se critica á la Comisión de Códigos, porque atiende á nuestros precedentes históricos y conserva parte del formularismo de nuestro antiguo derecho en materia de testamentos; por otro lado se elogia la definición que Modestino dió del testamento, y combatiendo la del Código, se pretende que todo testamento tenga, como de antiguo, su carácter político religioso, y se sostiene que es el acto más importante de la vida civil del hombre, porque es un acto en el que el hombre confía á sus sucesores lo más importante de su sér, su pensamiento y su voluntad; por otra parte, se lanzan diatribas contra el Código Civil Español y sus redactores, porque se presumia que nuestra legislación civil iba á sentir el peso de las formularistas doctrinas romanas sobre sucesiones; porque se supone todavia en el nuevo Código, no es una verdad completa la separación absoluta entre los dos personalidades del heredero y del testador: por otro lado, se afea y vitupera que la naturaleza del testamento se limite á la disposición de los bienes, y se dé, por falta de fastuosas solemnidades, una idea mezquina de esa importantísima institución, mezquindad desmentida por su historia y reñida con las realidades de la práctica; por otra, se acrimina el exagerado respeto al derecho antiguo, y que en la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888, se manda que se mantenga en su esencia la legislación que vigente estaba al publicarse el Código sobre sucesiones y testamentos en general. Repetimos que no se comprende tanta variedad de ideas, ni puede considerarse sério que se ensalce á veces una obra que tales condiciones encierra.

Pero no solo se sostienen con sin igual desenfado tan contradictorias teorías, sino que esas mismas celebridades, esos mismos mentores de la juventud, y esos mismos publicistas, sustentando que la idea del legislador debe ser únicamente el asegurar la verdad legal y facilitar la expresión de las últimas voluntades, viene á combatir los testamentos especiales, como contrarios á la verdad legal.

Digase lo que se quiera por los detractores del Código; ni ha podido simplificarse más las solemnidades de los testamentos; ni, dada la buena fé que domina en el Notariado Español, es fácil que el fraude y la mala fé prosperen en la expresión de las últimas voluntades, sujetándose á las reglas que este Código establece.

Mas la vida práctica, á pesar de las confianzas que hoy inspiran los depositarios de la fé pública, hace indispensable que el testamento aparezca bajo diferentes formas; y por ello se preceptúa muy lógicamente, que el testamento

puede ser común ó especial; y que el común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado; división que esencialmente es admitida en la mayor parte de los Códigos extranjeros, y que tiene su perfecta razón de ser, como demostraremos al estudiar estas secciones.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 563, y el Proyecto de 1882, en su art. 672, propusieron preceptos análogos, sin que su exposición sea nueva, pues ya en nuestro antiguo derecho tenemos precedentes sobrados, como concordancias vemos de nuestro Código en la parte que al presente nos ocupa, con los preceptos contenidos en los arts. 969 del Código de Francia, 774 del Código de Italia, 969 del Código de Belgica, 752 del de Uruguay, 1910 del de Portugal, 1008 del de Chile, 3622 del Código de la República Argentina, 879 del Código de Veracruz-Llave, cuyo precepto es idéntico al nuestro de toda conformidad; en el 3750 del de México, en el 3431 del de la Baja California, en el 3750 del de Campeche y otros varios; si bien en estos tres últimos Códigos se previene solamente que: *El testamento, en cuanto á su forma, es público ó privado*; mientras el Código Argentino dice: *Las formas ordinarias de testar son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado.*

Art. 677. Se consideran testamentos especiales, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Nada hemos de oponer al precepto de este articulo, ni apenas encontramos necesidad de comentar lo que, por la claridad de su exposición y por la especialidad de los casos á que se refiere no puede menos de considerarse como especial, en sentido de que se separa del testamento ordinario, común ó general á que se somete la mayoria de los españoles. Y estos testamentos, no sólo se llaman especiales por la naturaleza del caso también muy singular y porque la ley los distingue de los demás en alguna de sus formalidades, sino porque en los especiales se exigen solemnidades que difieren de las observadas en el testamento común; siendo preciso para su validez el cumplimiento de aquellas solemnidades. Mas, obsérvese bien, el articulo que nos ocupa ni expresa que estos tres testamentos sean los únicos especiales que la ley admite, ni les da un carácter privilegiado sosteniendo una raza aparte entre los ciudadanos españoles; sino que, siguiendo el principio de igualdad ante la ley, el Legislador se ha encontrado con casos que en la práctica no pueden someterse á las formalidades comunes de un estado ó una situación anormal, y esto mismo ha traido la necesidad de sostener los testamentos especiales, pues imposible es que un militar en campaña, que un marino en alta mar, que un extranjero alejado de su país, pueda observar las solemnidades comunes que otro ciudadano cualquiera en la normalidad de la vida puede y debe cumplir. Sin remontarnos á si el extranjero debe someterse al estatuto real, al personal ó al formal, sin venir aquí á hacer ostentación de la ley á que debe atemperarse el

extranjero para el otorgamiento de su testamento, porque ya algo digimos en tiempo oportuno acerca de esas diferentes condiciones de los distintos estatutos que informan las acciones del hombre, cualquiera que mediano criterio tenga ha de comprender que el francés que otorga un testamento en España se someterá ó no al estatuto formal, según las condiciones del mismo, según el tiempo de permanencia en España, según el motivo de su estancia en nuestro país, y sin perjuicio de que también, según esas mismas circunstancias, utilice en más ó en menos los fueros de su estatuto real y de su estatuto personal, evidente es que no podrá someterse á todas las condiciones generales estatuidas para el testamento común y necesitará formas especiales para demostrar su última voluntad, no en virtud de un privilegio odioso que al mismo se le reserva, sino por respeto á la nación de que procede, por respeto también á sus propios derechos que nunca pierde mientras conserva su ciudadanía, y por el sostenimiento de la reciprocidad de nuestros derechos en el extranjero, que tanto nos conviene conservar.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 672, proponía preceptos análogos al artículo que nos ocupa, y concordancias se encuentran en la mayor parte de los Códigos extranjeros, entre otros el de la República Argentina en sus arts. 3672 al 3674, el de Francia en su art. 981, el de Holanda en su art. 933, el de Bélgica en su art. 981, el de Italia en sus arts. 791, 792 y 796, el Código de Chile en su art. 1041, el de Luisiana en el art. 1590, y los Códigos de Austria y de Prusia en sus arts. 1173 y 1183 respectivamente, el de Campeche en sus artículos 3817, 3824 y 3834, el Código de la Baja California en sus arts. 3548, 3555 y 3565, y el de México en sus arts. 3817, 3824 y 3834; siendo de notar que estos tres últimos Códigos determinan mejor que ningún otro lo que antes dejamos expuesto, es decir, que los testamentos especiales no son hijos de un privilegio odioso, sino de las circunstancias en que los excepcionados se colocan; así es que previenen en primer término que los militares y los empleados civiles del ejército luego que entren en campaña podrán testar en la forma privada, sujetándose á las formalidades prescritas para esta clase de testamentos, y señalan á continuación las reglas especiales del testamento militar; en segundo término, preceptúan dichos Códigos que los que se encuentren en alta mar, á bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra ó mercante puedan también testar bajo la forma privada, sujetándose á las prescripciones que á continuación señalan para el testamento marítimo: y, en tercer término, preceptúan los tres Códigos indicados que los testamentos hechos en país extranjero no producirán efecto en el Estado, cuando hayan sido formulados auténticamente conforme á las leyes del país en que se otorgaron, lo cual bien claramente quiere decir que en cuestión de testamentos debe atenderse más que á otra cosa al estatuto real, consignándose seguidamente las prescripciones relativas al mismo.

Art. 678. Se llama ológrafo el testamento, cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el art. 688.

Aunque no en forma de definición, definir es lo que aqui hace el art. 678 de nuestro Código al exponer lo que se llama textualmente ológrafo: un nuevo testamento, que lo mismo pudiera haberse denominado autógrafo, porque sólo consiste en la expresión de la última voluntad del causante, mayor de edad, escrita de su puño y letra, en papel sellado correspondiente al año en que se otorga, designando en el mismo el año, mes y dia en que se otorgue, y salvándose, bajo su firma, por el propio testador, cuantas palabras tachadas, enmendadas ó entre renglonadas tuviere.

Observaciones varias debemos hacer respecto de este testamento llamado ológrafo. En primer término, pudiera ofrecerse la duda de si este testamento era verdaderamente común ó especial: en segundo término, han de ofrecerse dudas también respecto de si los inconvenientes de dicho testamento son mayores que sus ventajas: en tercer término ha de dudarse qué clase de papel sellado debe ser empleado en la redacción de tales testamentos; y por último, no se expresa en dicha definición si ese testamento ha de protocolizarse ó no, ó cuando menos si ha de significarse ante Notario público la existencia de dicho testamento; si bien, por cuanto se expresa en la sección cuarta de este mismo capitulo, se deduce que no se protocoliza de momento ó sea durante la vida del causante, sino que éste puede depositarlo en cualquier persona, la cual deberá presentarlo al Juzgado de 1.ª instancia correspondiente ó sea el del último domicilio del testador, dentro de los cinco años siguientes á la muerte para que tenga validez, aún cuando realmente la presentación debe verificarse por la persona que lo conservare, bajo su responsabilidad, dentro de los diez dias desde que tuviere conocimiento de la muerte del testador.

La primera duda que se presenta fácil es de resolver; pues si bien podrá aparecer para muchos como especial por su forma, es común ó general por cuanto todos los que saben leer y escribir pueden utilizar este medio de testar.

No es tan fácil resolver la segunda observación que nos figuramos harán en su mente cuantos estudien este artículo; y es la relativa á las ventajas é inconvenientes que dicho testamento ológrafo pueda tener. En nuestro concepto, si la moralidad más acrisolada imperase en la sociedad, no cabe duda que este testamento ológrafo, sobre ser económico para el testador, seria cómodo en extremo y en él podría expresarse bien sencilla y fácilmente la verdadera expresión de la voluntad del otorgante; pero en un pais como el nuestro, donde desgraciadamente la mala fé abunda, donde las falsificaciones están á la orden del dia y donde se suplantan las firmas con tanta facilidad, y existen tan hábi-

les imitadores de los escritos agenos, que fácil es confundir los auténticos con los falsificados, córrese gran peligro de conocerse pocas veces la verdad de la volición del causante ó testador: por esto, nosotros, en nuestro humilde entender, encontramos expuesto y de malísimas consecuencias, cuanto tienda á autorizar el testamento ológrafo, como no podemos tampoco menos de vituperar la mayor parte de los testamentos especiales que en las regiones aforadas vienen realizándose, ya bajo el nombre de testamentos sacramentales en esta región, y en Aragón sobre todo, ya bajo otros conceptos, que al presente sólo sirven para fomentar las falsificaciones y promover los más escandalosos ágios. Y sin perjuicio de ocuparnos de éstos en su lugar correspondiente, no hemos querido dejar de indicarlos, aunque reservemos para mejor oportunidad la consignación de su verdadero nombre.

La tercera dificultad que puede suscitarse, es la clase de papel que debe ser empleado por el testador, y si, de no emplearse, se considerará nulo el testamento; y éste también es punto de no muy fácil resolución, puesto que dá lugar á diferentes interpretaciones, y la mayor parte de las opiniones que sobre tal aserto se inician pueden ser sostenibles. Si el papel sellado que haya de usarse se pretende tomar como una garantía más de la verdad del acto, cualquier clase de papel sellado que se utilice podrá servir para dar validez al testamento, con tal que coincidan las fechas de éste y del papel en que se extienda; pues coordinada una y otra fecha, la garantía de su autenticidad es más probable; pero si el papel sellado se exige como medio de contribuir á las atenciones públicas del Fisco, como un tributo que en relación esté con el valor de la propiedad que se transmite, evidente es que debiera tenerse en cuenta lo que la ley del sello y del timbre dispone para las transmisiones en general según la cuantía de lo transmitido; sin embargo, no faltan publicistas que sostienen que el testamento ológrafo debe extenderse en el mismo papel que el cerrado, y que después de asegurar esto con mucha seriedad, expresan que el papel empleado debe ser el de tercera clase, ó sea el de cincuenta pesetas, conforme á la regla 1.ª del art. 21 de la Ley del timbre y sello de 31 de Diciembre de 1881; pero éstos no tienen en cuenta que en este mismo Código se preceptúa que el testamento cerrado puede extenderse en papel común, y que el reintegro á la Hacienda del papel correspondiente se verifica de ordinario cuando se procede á su apertura, lo cual está perfectamente de acuerdo con la misma ley del timbre citada; y por lo tanto no podemos menos de sostener que admitido el testamento ológrafo como ley desde la publicación de nuestro Código, y no tomando como tributación á la Hacienda el empleo del papel sellado, sino sirviendo el uso de éste como garantía de autenticidad, cualquiera que sea el valor del papel sellado que se emplee, deberá conceptuarse válido dicho testamento, sin perjuicio del reintegro correspondiente, como ya hemos dicho se reintegra al protocolizar los testamentos cerrados, que es á los que más se asemeja el testamento ológrafo.

La ley del timbre antes citada, como anterior á la publicación de este Código que hoy comentamos, nada puede expresar respecto del testamento ológrafo que viene á la vida jurídica naciendo con el expresado Código, (por más que algunos publicistas supongan gratuitamente que tiene precedentes en nuestro antiguo derecho), y por lo tanto, aunque no haya hoy fórmula alguna respecto de la clase de papel sellado que debe emplearse en los testamentos ológrafos, y aun cuando tampoco pudieran tenerse en cuenta los argumentos antes aducidos respecto á la clase de papel en que han de extenderse los testamentos ológrafos, con solo detenerse á considerar que según la regla 9.ª del artículo 21, letra A, los protocolos ó registros de escrituras notariales deben extenderse en papel de clase 12, ó sea en timbre de 75 céntimos de peseta, bastaría para comprender que el testamento ológrafo escrito en papel de tal clase y timbre, no puede menos de conceptuarse válido, aun cuando solo fuera por la consideración de que no se ha de exigir más á la matriz de un testamento común ó abierto para asegurar la autenticidad del mismo; porque realmente el testamento ológrafo, mientras no se procede á su abertura ha de conceptuarse como la única y verdadera matriz del instrumento público que se desarrollará el día de su apertura; y de no ser así resultaría más caro que el testamento abierto.

De todos modos insistimos en que el testamento ológrafo, no careciendo de sus inconvenientes, por cuanto pudiera dudarse de su autenticidad y hasta de la capacidad del otorgante, tiene en sí ventajas inmensamente mayores á las que se encuentran en los testamentos especiales de la mayoría de las provincias aforadas y muy especialmente sobre el testamento sacramental de Barcelona, en el que hemos tenido lugar de observar los abusos que se cometen, el semillero de pleitos que proporciona y la inseguridad de que lo que resulta de ese mal llamado testamento sacramental, sea la verdadera voluntad del testador. Y este testamento, como todos los especiales, se comprende que subsistiese cuando la necesidad lo imponía, cuando no abundaban los Notarios públicos, ni existía la verdadera división entre la fe pública judicial y la fe pública extrajudicial, cuando el Notariado, en fin no era lo que hoy es, ni había llegado á la altura que al presente ha avanzado; pero hoy que los Notarios abundan, que facilitan con su instrucción y sus buenas disposiciones la testamentificación activa, y que no es en extremo oneroso el otorgar un testamento común, no se comprende que se preconicen los testamentos especiales, ni mucho menos que se sostengan algunos testamentos especialísimos que solo han dado lugar á disgustos y á falsedades. Además, que la ocultación de la última voluntad, por solo el hecho del sigilo y el misterio, envuelve en sí la idea de lo anómalo y de lo contrario á la justicia, á la equidad y al derecho que parece ocultarse entre las sombrae del misterio, como se oculta siempre la comisión de las malas acciones.

Nada hemos de decir de las opiniones de Laurent y otros muchos publicistas acerca de lo que para ellos es el testamento ológrafo. Basta lo expuesto para conocer lo que significa, y como su precepto es ley, y hoy por hoy no hemos de reformarlo, ni nuestra misión es esta, con sólo allanar las dificultades que en la práctica puedan presentarse, hemos cumplido nuestra misión.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 561, y el Proyecto de 1882 en su art. 673, propusieron preceptos análogos.

La Ley 15, tit. 5.º, lib. 2.º del Fuero Juzgo, no estableció, como algunos suponen, tal testamento ológrafo, lo que hizo si fué facultar como verdadero privilegio á los militares para que dispusieran por última voluntad de cualquier manera que les fuese dable al encontrarse en los peligros en que por razón de su carrera podian hallarse fácilmente, mucho más en aquella época que bien podia considerarse como una etapa de la edad de hierro.

Concuerda el artículo que de nuestro Código nos ocupa con el 970 del Código de Francia, en cuyo pais, diferentes sentencias del Tribunal de casación determinan que el testamento ológrafo no será válido, si no está todo él escrito por el testador, si no contiene el dia, mes y año de su otorgamiento, si no está firmado por el testador; y para demostrar la falsedad de dicho testamento, declaran algunas de las decisiones á que aludimos, que basta la circunstancia de que el papel timbrado en el cual está escrito, haya sido puesto en circulación con posterioridad á la fecha expresada; cuyos asertos se demuestran sin más que leer las Sentencias de 21 Junio de 1842, 3 Diciembre de 1850, 31 Enero de 1859, 31 Julio de 1860, 6 Enero de 1814, 3 Marzo de 1846, 8 Mayo de 1855, 18 Enero de 1858, 11 Mayo de 1864, 4 Enero de 1847 y otras varias.

También concuerda el expresado artículo de nuestro Código con el artículo 775 del Código de Italia, en el que se expresa que: *El testamento ológrafo deberá estar escrito por completo, fechado y firmado por mano del testador. La fecha del testamento deberá indicar el dia, mes y año. La firma deberá estar puesta al fin de las disposiciones.*

Igual concordancia encontramos en el art. 880 del Código de Veracruz-Llave, 970 del Belga, en el 979 del de Holanda, 1579 del de Luisiana, 648 del de Vaud, y en el 3639 del de la República Argentina, en el que se preceptúa que: *El testamento ológrafo para ser válido en cuanto á sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido.* De manera, que según este Código y de conformidad con el espíritu que informa á todos los Códigos modernos, no sólo es preciso que existan las circunstancias de ser autógrafo en todas sus partes, ó sea estar escrito, fechado y firmado por la mano misma del testador según su costumbre, si no que es indispensable se vea el propósito manifiesto de testar, y la disposición de todos ó parte de sus bienes para después de sus dias.



Art. 679. Es abierto el testamento siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Este es el testamento más formal y que menos dificultades puede ofrecer; acto solemne por el cual ante la faz del mundo y sin ocultarse, se expresa la última voluntad del testador ante las personas que deben autorizarlo, quedando perfectamente enteradas de cuanto en él se determina.

Reducido en su forma á la constitución de un título cualquiera, el testamento abierto se otorga ante Notario público y tres testigos; sin que ninguna otra mayor formalidad se observe que en las demás escrituras públicas. Así es que exponiéndose libre y expontáneamente la voluntad del testador ante el Notario, disponiendo en virtud de esa última voluntad, del todo ó parte de sus bienes, existiendo capacidad en el testador para realizar lo que en el instrumento público expone, y concurriendo al acto además del Notario los tres testigos antes indicados, queda perfecto el verdadero testamento abierto, simplificando así las diferentes formas de testar que antiguamente se conocian de testamento abierto según los testigos que concurrian al acto, y desapareciendo la antigua fórmula de la mancipación que el derecho romano sostenia bajo el nombre de testamento nuncupativo, reducido á una declaración verbal ante siete testigos: cuyos principios sentados en la Ley 21, tit. 26, lib. 6.º del Código vinieron á consignarse en la Ley 1.ª, tit, 1.º, Partida 6.ª; mas luego la Ley 28, tit. 15, lib. 7.º, de la Novisima Recopilación denominó testamento abierto al que se hacia por el testador declarando su voluntad ante un Notario y tres testigos idóneos vecinos del lugar, los cuales presenciaban el acto hasta que la escritura en el que se constituia quedaba firmada, con lo cual se declaró conforme el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre otras las de 21 Noviembre de 1860, 6 Diciembre de 1861 y otras varias.

El Proyecto de 1882, en su art. 674, ya propuso preceptos análogos, y concordancias tiene el articulo que nos ocupa con los arts. 694 y 702 de este mismo Código, asi como con el art. 1943 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se preceptúa la manera de elevar á instrumento público el testamento hecho de palabra.

En el Código de Francia se observa que el testamento por acta notarial puede ser público y privado; y que el público puede otorgarse ó bien ante un Notario y cuatro testigos, ó bien ante dos notarios y dos testigos, según puede verse en los arts. 971, 972 y demás concordantes de dicho Código, y según se deduce también de varias sentencias del Tribunal de Casación de aquel país, entre otras la de 19 de Marzo de 1861. Análogos preceptos encontramos en los arts. 776 y 777 del Código de Italia, y en los arts. 971 y 972 del Código de Bélgi-

ca, observándose parecidas concordancias en los arts. 753 del Código de Uruguay, 1008 del Código de Chile, 3754 del Código de Campeche, 3485 del de la Baja California, y 3754 del Código de México, el 881 del de Veracruz-Llave: en él previene que: *El testamento abierto debe ser otorgado ante Escribano público y tres testigos domiciliados en el lugar de su otorgamiento, y de los cuales uno á lo menos sepa escribir*; y en el art. 3655 del Código de la República Argentina que preceptúa que: *El testamento por acto público, debe ser hecho ante Notario público y tres testigos residentes en el lugar*; cuyo Código tomó como precedentes la ley 1.ª, tit. 18, lib. 10 de nuestra Recop., si bien en ésta se preceptuaba que los testigos fuesen vecinos del lugar, mientras que el Código Argentino se refiere á los residentes, conceptuando bastante la residencia para que dichos testigos puedan conocer al testador y ser conocidos por el Natario.

Art. 680. El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto.

Comprèndese bajo el precepto de este articulo cuanto puede servir para diferenciar el testamento cerrado del testamento abierto; y aunque no se defina como algunos publicistas pretenden que debe definir el legislador al formular un Código, es evidente que diferencia bien el uno del otro testamento, pues hace constar que mientras el testamento abierto debe otorgarse á presencia de las personas que autorizan el acto quedando todas ellas enteradas de las disposiciones que el mismo comprende, en el testamento cerrado se expresa si por el testador, que ha consignado su última voluntad y que se halla contenida en el pliego que presenta para autorizarlo, pero no revela cual sea esa su última voluntad; de manera que el primero hace sabedor de su voluntad á todo aquel que interviene en el instrumento público, mientras que en el segundo solo se anuncia su otorgamiento pero sin hacer saber en que consiste.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 675 proponia preceptos análogos, y ya la Ley 1.ª, tit. 1.º, Part. 6.ª, definia el testamento cerrado, y preceptuaba las solemnidades necesarias para su validez; mas no sólo se remonta á esa época el origen de tal testamento cerrado, sino que hay que reconocerle una mayor antigüedad, pues en la Ley 21, tit. 23, lib. 6.º del Código Romano, se trataba de tal testamento cerrado que habia de firmarse por siete testigos como el abierto, poniendo sus sellos al lado de su nombre en el interior ó en el exterior del testamento, según los casos; y la misma Ley 7 de Toro ó sea la 2.ª, tit. 18, lib. 10 de la Novisima Recopilación, disponia que habian de intervenir cuando menos siete testigos y un Escribano, los cuales habian de firmar encima de la escritura del testamento como el testador, si supieren hacerlo, y si no supieren, no

firmará el testador, pero si lo harán unos por otros, de modo que resulten las ocho firmas, más el signo del Escribano.

El Código de la República Argentina en su art. 3665 previene que el que no sabe leer no puede otorgar testamento cerrado, en lo cual no está perfectamente de acuerdo con el art. 978 del Código de Francia, en el que se preceptúa que los que no sepan ó no puedan leer, podrán hacer disposiciones en la forma del testamento mixto, que consiste en poder dictar el testamento y disponer así, para después de su muerte, de sus bienes, leyendo el testamento si está bien escrito; y en el art. 3666 del expresado Código Argentino se viene expresando la forma en que debe hacerse el testamento cerrado, sirviéndole de precedente á aquel Código nuestros precedentes históricos ó sea la Ley 2.ª, tit. 1.º, Part. 6.ª y la Ley 2.ª, tit. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación: y análogas concordancias encontramos en los arts. 976 y 977 del Código de Francia, 987 del de Holanda, 976 al 979 del de Bélgica, 1577 y 1578 del de Luisiana, 1023 del de Chile, 902 y 903 del de Nápoles, 3755 del Código de México, 3486 del de la Baja California, 3755 del Código de Campeche, en cuyos tres últimos Códigos se preceptúa clara y terminantemente que: *es testamento cerrado cuando el testador manifiesta sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que deben autorizar el acto*. Viéndose así que tales preceptos son enteramente iguales al de nuestro art. 680 que comentamos.

Art. 681. No podrán ser testigos en los testamentos:

1.º Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701.

2.º Los varones menores de edad, con la misma excepción.

3.º Los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley.

4.º Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos.

5.º Los que no entiendan el idioma del testador.

6.º Los que no estén en su sano juicio.

7.º Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.

8.º Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante.

Tócanos ahora tratar de uno de los puntos más difíciles y que ha dado lugar á más pleitos en la vida práctica; pues aún cuando á primera vista parece

sencillo decidir quienes pueden ser testigos, ofrece sus dificultades determinar bien la calidad de testigo y mucho más haciéndose estas diferencias que generalmente se ven en nuestro derecho patrio, respecto de las personas que han de testimoniar los hechos según su clase y naturaleza. Nosotros creemos que esas diferencias entre los testigos para el testamento, y los testigos para justificar cualquier acto de la vida, son las que realmente confunden, y que implicaría una mayor sencillez el que pudiera ser testigo una persona cualquiera que fuera su condición, sexo y clase para todo, lo mismo en un contrato que en un testamento, salvas las excepciones que se hicieran por razón de incapacidad, por razón de interés en el asunto que se trataba de testimoniar, ó por todo aquello que pudiera contribuir á alterar la verdad real de lo que pretendiera demostrarse; pues si los testigos deben tener por único objeto el servir de garantía de la autenticidad y realidad del hecho que justificarse trata, lo mismo puede servir para el objeto la mujer que el hombre, el extranjero que el ciudadano de la nación en que se otorgue el testamento, y cualquiera que se encuentre en el pleno goce de sus facultades mentales y pueda ver y oir cuanto se trate de demostrar en su día.

Desaparecieron ya, por ventura nuestra, aquellas ridículas prohibiciones que en la antigüedad se sostuvieron tanto en nuestra patria como en los pueblos que pasaban por más civilizados, acerca de las personas que podían ser testigos, ya por razón de su clase, ya por razón de sus ideas religiosas, ya por ideas mil que solo tendían á separar dentro de la sociedad unas clases de otras y á sostener verdaderas preocupaciones que hacían se mirase con odiosidad aquel que no pensaba como los demás en cosas de pura conciencia, ó que no había llegado en la esfera político-social á la altura de los otros; pero hoy, con las corrientes que dominan, mirando las cosas en su fondo moral, y teniendo en cuenta que aunque la mayor parte de las veces, la educación del individuo contribuir puede, y contribuye generalmente al sostenimiento de la verdad y al repudio del amaño, también las personas sencillas y sin ilustración alguna, son por lo común amantes de la verdad y repugnan la idea del artificio cuando sus almas son nobles y generosas y han nacido con tendencias al bien, como suponer debemos por regla general en la humanidad, mientras otra cosa en contrario no se pruebe. Así es que hoy, en nuestro concepto, son inútiles ciertos distingos, y creemos sería más oportuna la medida adoptada por algunos Códigos, entre ellos por el Argentino, según la que pueden ser testigos en los testamentos todas las personas á quienes la ley no les prohiba serlo expresamente; sin que quepa así una presunción de incapacidad, ni tenga que determinarse de un modo expreso los que realmente puedan tener la condición de testigos. Es decir, que nosotros tomamos la regla general antes indicada como si se consignase en el Código, y miramos como meras excepciones las reglas contenidas en el art. 681 que del Código nos ocupa; y siguiendo tal pre-

cepto en todas sus partes, hemos de exponer número por número lo que acerca de cada una de las excepciones creemos oportuno.

1.° No pueden ser testigos las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701. Prescindiendo de lo que sobre este particular propusieron los Proyectos de Código civil de 1851 y de 1882, hemos de significar nosotros, que no estando ya en las mismas circunstancias que se encontraban en aquella época del antiguo derecho romano, no pueden sostenerse las teorías, que tomadas de la Instituta del Digesto y las Novelas fueron conservándose en nuestras leyes de Partida, (especialmente en la 54, tít. 1.°, Part. 3.ª y en la 9, tít. 1.°, Part. 6.ª), y que últimamente en la Novísima Recopilación también se han sostenido; pues aun cuando se nos quiera decir que la mujer por su debilidad pueda ser sobornada fácilmente, y podría suponerse que su presencia era cierta al otorgamiento de los testamentos, es evidente, que si á la mujer no se le dá el carácter de persona suficientemente verídica para demostrar la certeza de las disposiciones tomadas en un testamento, tampoco se le debiera molestar para que acreditase la verdad de lo sucedido ante la misma con motivo de un hecho criminoso; pues si á la mujer se la conceptúa débil, y por efecto de esa misma debilidad, capaz de faltar á la verdad se la cree, la misma razón hay para que de testimonio sirva en unos que en otros asuntos. Nosotros creemos, que más bien que su debilidad ha contribuido á sostener la excepción de que trata el primer número del art. 681, las reminiscencias que conservamos todavía de lo que la mujer fué en la antigüedad, de la consideración de simple cosa que se la dió antes del cristianismo, y de la idea predominante que fatalmente existe de que en la mujer no se encuentran los elementos de seriedad é instrucción que necesarios son para acreditar las disposiciones de la última voluntad, que según la ley, los testigos deben conocer y entender, no sólo materialmente sino con verdadera inteligencia. Pero en esto, al seguir las teorías del derecho romano que consideraba incapaces á las mujeres para ser testigos en testamentos, sin duda por el carácter político que á estas disposiciones se les reconocía en la Ciudad eterna, no deja de haber excepciones, pues no sólo en el derecho foral se admite á la mujer como testigo, muy principalmente en Vizcaya y en Aragón, (en este último país, según las Obs. 11 de Test.), sino que según lo prevenido en el art. 701 de este mismo Código, las mujeres y los menores de edad, con tal que sean mayores de diez y seis años pueden servir de testigos en un testamento cuando éste se hace en tiempo de epidemia.

2.° Viene luego el número segundo del artículo que comentamos á prohibir que los varones menores de edad puedan servir de testigos en un testamento, salvo en el caso de epidemia á que se refiere el art. 701 de este mismo Código ya citado, y aquí el legislador viene á incurrir en una de esas contradicciones tan palmarias que, dada su sabiduría, no se concibe ni se explica, pues si el mayor de catorce años puede testar aunque no haya llegado á la ma-



yor edad, no se concibe que deje de ser testigo el que se encuentre en las mismas condiciones, pues parece más importante el hecho de otorgar testamento, que el de atestiguar la existencia del mismo acto. Mas, al establecerse la excepción del art. 701 de este mismo Código, se demuestra claramente que el legislador supone que en pasando de los 16 años un joven está en condiciones para testimoniar lo que ante él mismo pasa, y parece como que quiere facilitar la condición de ser testigo, dándole una mayor extensión en casos de epidemia; extensión que si bien será necesaria en una época calamitosa, supone siempre la aptitud del testigo que igual debe reconocerse en una época que en otra, pues si el mayor de 16 años sirve para acreditar lo ocurrido ante él mismo en una época epidémica, y la comisión de un delito que á su presencia se efectúa, lo mismo puede servir para demostrar la verdad de lo que se dispone en las últimas voluntades, que para justificar la autenticidad de un testamento.

Nada hemos de decir de lo que la Ley 9.ª, tít. 1.º, Part. 6.ª, disponía acerca de los testigos que podian intervenir en los testamentos, pues ya sabemos todos que tenian que ser mayores de 14 años, súbditos del Rey, ó lo que llamaríamos ahora ciudadanos españoles, y que no se encontrasen inhabilitados especialmente por alguna sentencia ejecutoria. Tampoco hemos de decir cosa alguna acerca de lo que propusieron los Proyectos de Código civil sobre este particular, por más que el de 1851, en su art. 589, aceptase en casi todas sus partes lo que la Ley de Partida antes citada prescribia, y mucho menos hemos de ocuparnos aquí de lo que en Aragón y en las demás provincias aforadas se exige para ser testigo en testamento, pues hemos de ocuparnos de ello cuando tratemos de las sucesiones ante el derecho foral, y sabido es que á los 14 años, en aquel país, no sólo puede uno ser testigo sino que puede testar. Sólo hemos de exponer aquí que estamos conformes con que nuestro Código acepte la precaución de exigir la mayor edad para ser testigo en los testamentos, pero al conformarnos con tal precepto creemos que para ser lógicos debia exigirse la misma condición para testar; y que conformes con los inconcusos principios de derecho, bajo los cuales los derechos y las obligaciones son recíprocos, creemos que no sólo por un principio de equidad y de justicia sino que para mayor facilidad en la inteligencia de los conceptos jurídicos, debía establecerse una común edad para el ejercicio de todos los derechos y para el cumplimiento de todas las obligaciones que el hombre contrae en sociedad, pues si bien es evidente que el hombre desde niño debe respetar para ser respetado, y desde el momento en que se supone tiene verdadero discernimiento, es responsable de sus actos crimonosos, cuya responsabilidad debe hacerse efectiva desde luego por el bien y la corrección del mismo culpable, y por el bien y el respeto que á la sociedad se debe, es también innegable que aparece extraño y poco equitativo que el hombre á cierta edad tenga que servir á su patria forzosamente en el ejército en una edad en que no disfruta de los derechos politicos, como

el sufragio activo y pasivo, ni entra tampoco en el disfrute de aquellos derechos que arrancan del cumplimiento de la mayor edad.

En la tercera excepción del art. 681 que comentamos están incluidos los que no tengan la cualidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento salvo los casos exceptuados por la Ley: y á la verdad que no comprendemos tal excepción, si no es por aquello de que el Notario autorizante deba dar fé del conocimiento de los testigos, pero aun esta particularidad puede llenarse, pues de seguro que habrá personas que no siendo vecinas ni domiciliadas en el lugar del otorgamiento, serán conocidas por el Notario Más esto revela que no podemos apartarnos de las reminiscencias que de nuestro antiguo derecho tenemos, y que si bién no se sostienen hoy con todo el fausto y explendor que en la antigua Roma se sostenían las ideas de considerar como enemigos á los extranjeros, y no conceder testamentifacción activa ni testificación más que á los ciudadanos de la pátria de Rómulo, es lo cierto que recordando sin duda las Leyes del Digesto y las del Código Justinianeo, sostenemos en parte algo de lo que de aquel derecho se transcribió á la Ley de Partida y á la Ley 1.ª, tít. 18, lib. 10, de la Novísima Recopilación, en la que se dispuso que fueran vecinos los testigos; y aunque el art. 12 de la Ley Municipal de 2 Octubre de 1887, fijó los conceptos de vecindad y domicilio, por el art. 40 de este mismo Código, se desprende que no es necesaria la vecindad y que basta el domicilio no sólo para el cumplimiento de los derechos y obligaciones civiles, sino que también para ser testigos en los testamentos, lo cual se ve comprendido hasta cierto punto, en la sección 2.ª, tít 2.º, lib. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, al tratar de determinar las competencias; pero si esto no fuese bastante, nos bastaría para sostener tal aserto lo determinado en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en 14 Abril de 1882, pues en tal fallo se decide que, los testigos que intervienen en los testamentos según otras varias sentencias del mismo Tribunal, (6 Febrero de 1866, 7 Enero de 1868, 29 Mayo de 1877, etc., etc.), basta que residan habitualmente para que se les considere en condiciones para poder serlo, y con el caracter de vecinos para los efectos del caso.

En la cuarta excepción se trata de los ciegos y los totalmente sordos ó mudos, cuya excepción es lógica y justa por demás, pues evidente aparece que el que no pueda apercibirse de lo que á su presencia pasa, no puede aparecer como testigo de un hecho que no entendió, que le era imposible conocer, porque sus facultades físicas no estaban en disposición de llevar á su espíritu la verdad de lo ocurrido. Así es, que ya la Ley 9.ª, tít. 1.º, Partida 6.ª, y las legislaciones forales contenían tal prohibición, pues está en la idea de todos que mal puede testimoniar quien no ve ni oye en absoluto, lo que necesario es ver y oir para dar fé de su existencia. Por esto cualquier cosa que en contrario se consienta, implica un abuso incalificable que ha de dar lugar necesa-

riamente á infinidad de falsedades, pues el testigo como el actuario y el depositario de la fé pública extrajudicial no pueden acreditar más que aquello que bién vieren y entendieren; si bien es cierto que siguiendo la doctrina sustentada en sentencia de 11 Junio de 1874 el testimonio de un sordo incompleto será válido aun cuando no oyère con la perfeccion del que tiene el oido completamente expedito.

En el quinto número se comprenden los que no entienden el idioma del testador, y sobre esta excepción nada hay que exponer, por cuanto si la manifestación de un testigo ha de servir para acreditar cuanto vieren y entendieren, mal podrá ningún testigo justificar lo que aun cuando sus sentidos materiales oigan y vean, no pueden transmitirlo á su inteligencia por haberse expresado en un idioma que no comprendia.

En cuanto á los que carecen de sano juicio, de que se ocupa el número sexto, ocioso es cuanto se diga, pues si las facultades mentales de una persona no están en su completo uso y por esta razón se le incapacita para ejercitar derechos propios, tampoco podrá en manera alguna servir para ser testigo y justificar un acto realizado por cualquier otra persona. Ya la Ley de Partida anteriormente citada al tratar del número cuarto, consignaba esta excepción que la hacia extensiva á los declarados pródigos, por cuanto á estos se les conceptuaba como faltos de razón; más nuestro Código, limitando los efectos de esta declaración de prodigalidad y circunscribiéndose al verdadero terreno en que debe encontrarse el pródigo, limita la excepción para testificar al que no esté en su sano juicio; limitación apreciable bajo todos conceptos y digna de tenerse en cuenta como justa.

En el número 7.º se comprende la excepción de los que hayan sido condenados por falsificación de documentos públicos ó privados, ó por falso testimonio, y los que están sufriendo pena de interdicción civil; y es natural que estos hechos vengan á crear una excepción en la regla general, bajo la que se presume que todos servimos para testigos, por cuanto no puede merecer confianza en sus testificaciones, aquel que ha sido castigado como reo de falsificación ó de falso testimonio, de conformidad á lo que previenen los arts. 314 y 332 del Código Penal; así como tampoco deben ser testigos los que estén sufriendo una pena del carácter de la interdicción civil; si bien todo esto debe acreditarse por testimonio de la sentencia ejecutoria en que tal condena se impuso, según se ha decidido por varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 11 de Febrero de 1861.

En el número 8.º de este artículo, se exceptúan de ser testigos en testamento los dependientes, amanuenses, criados, ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante. No damos gran importancia á esta última excepción prefijada en el artículo que comentamos, por cuanto ni hay para que sostener con gran calor la existencia de tal

excepción, ni hay tampoco motivo para rebatirla con la energía y pasión que por algunos se rebate, pues en puridad de verdad, aun cuando sus precedentes tenga no sólo en las leyes 9 y 11, tit. 1.°, Part. 6.ª, y en los arts. 21 y 27 de la Ley del Notariado, es lo cierto que ni la regla segunda de ese art. 660 de la Ley de Enjuicimiento Civil á que algunos se refieren, para apoyar el precepto contenido en esta octava escepción, es aplicable al caso que hoy nos ocupa, ni dedicada está dicho regla á otra cosa que á exponer que será testigo tachable, el que al prestar su declaración, fuere socio, dependiente ó criado del que lo presentare; fijándose en el segundo apartado de dicha regla segunda, cuales son las condiciones que el testigo debe tener para que conceptuarse pueda criado ó dependiente del que lo presentare: así es que teniendo esto en cuenta, y comprendiendo también lo embarazoso que muchas veces es el poder proporcionarse testigos, bien por falta de costumbre en los otorgantes, bien por cualquier otro motivo, es lo evidente que en ocasiones se entorpecería la testamentifacción activa, por cuya razón no puede ser el legislador muy restrictivo en la cuestión de testigos, ni ha de extenderse la excepción de los dependientes, amanuenses, criados del Notario, de modo tal, que vaya á hacerse imposible el otorgamiento de cualquier testamento; pues siendo como es en general, probo y honrado el cuerpo del Notariado, no es de presumir que intereses mezquinos los lleven á un terreno donde jamás debe encontrarse al hombre digno y profesional, ni puede creerse que el Notario tenga interés en que sus dependientes sean testigos de los testamentos que otorguen en su Notaría. Nada tiene que ver con el asunto que nos ocupa lo que previene el art. 504 del vigente Código de Comercio, donde se prescriben los requisitos ó condiciones que se exigen para la eficacia de un protesto. Tampoco hemos de suponer que existan hoy los mismos motivos que existían en los tiempos en que se dió la Ley de Partida para evitar la intervención del amanuense en los testamentos como testigo, pero es completamente exacto que la prescripción de nuestro Código, de conformidad se halla en principio con lo que previno el art. 21 de la Ley de Notariado de 28 de Mayo de 1862 y el art. 70 del Reglamento de 9 de Noviembre de 1874, aunque exagerando algún tanto los términos de la excepción.

Los arts. 589 y 590 del Proyecto de Código de 1851, proponían preceptos análogos, y concordancias encontramos entre el artículo que de nuestro Código nos ocupa, y los arts. 3700 al 3708 del Código de la República Argentina, 591 del de Austria, 1966 del de Portugal, 1012 del de Chile, 975 y 980 del de Francia, 789 del de Italia, 975 y 980 del de Bélgica, 793 del de Guatemala, 898 del de Veracruz-Llave, 771 del de Uruguay, 3758 del de Campeche, 3489 del de la Baja California y el 3758 del de México, con algunos otros; debiendo hacerse presente que los Códigos de Veracruz-Llave, de Campeche, de la Baja California y de México están conformes en cuanto á prohibir sean testigos del testamento: 1.°, los amanuensés del Notario que lo autorice: 2.°, los ciegos y los que

no entiendan el idioma del testador: 3.°, los totalmente sordos ó mudos: 4.°, los que no tienen sano juicio: 5.°, los que no tengan la calidad de domiciliados, salvo én los casos exceptuados por la Ley; y sin que exprese más el de Veracruz-Llave, continúan de acuerdo los otros tres Códigos antes citados, en cuanto á las mujeres exceptuadas en ol numéro sexto, los varones menores de edad, en el séptimo; los que hayan sido condenados por el delito de falsedad, en el octavo; y luego, continuando sólo el de Campeche, agrega el número noveno para éxcepcionar los parientes consanguineos del testador hasta el octavo grado, y los afines hasta el cuarto grado, siempre que el testamento sea abierto.

En cambio el Código de la República Argentina antes citado, consígna cada excepción en artículo aparte; y dédicando el tit. 13 de su lib. 4.° á los testigos de los testamentos, preceptúa que pueden ser testigos en los testamentos todas las personas á quienes la Ley no les prohibe serlo; que la incapacidad no se presume, y debe probarla el que funde su acción en ella; que un testigo incapaz debe ser considerado como capaz, si según la opinión común fuera tenido como tal; que la capacidad de los testigos debe existir al tiempo de la formación del testamento; que los testigos deben ser conocidos del Escribano; y si no los conociere, puede exigir antes de otorgar el testamento, que dos individuos aseguren la identidad de sus personas y la residencia de ellos; que los testigos deben entender el idioma del testador, y el en que se extiende el testamento; que los testigos deberán tener residencia en el distrito en que se otorga el testamento; que no pueden ser testigos los ascendientes ni descendientes del testador, pero pueden serlo sus parientes colaterales ó afines, siempre que el testamento no contenga alguna disposición en su favor; que el parentesco existente entre varias personas, no es obstáculo para que sean simultáneamente testigos en un testamento; que los albaceas tutores y curadores pueden ser testigos en el testamento en que fueron nombrados; que los testigos de un testamento deben ser varones mayores de edad, que no pueden ser testigos los herederos instituidos en el testamento, ni los legatarios, ni los que reciben algún favor por las disposiciones del testador; que tampoco pueden ser testigos en los testamentos, los parientes del Escribano dentro del cuarto grado, los dependientes de la oficina, ni sus domésticos; que los ciegos, los sordos y los mudos no pueden sér testigos en los testamentos; que no pueden ser testigos los que estén privados de razón por cualquier causa que sea; y que los dementes no pueden serlo ni aún en los intérvalos lucidos; sin que sea del caso expresar los demás conceptos que los otros Códigos consignan, pues nos haríamos difusos, y sólo serviría su determinación para repetir lo que dejamos expuesto.

Art. 682. En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituídos, ni los parientes

de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Los preceptos de este artículo se han indicado ya al tratar de las concordancias del artículo anterior, como excepciones comprendidas en algunos Códigos extranjeros y muy especialmente en el de la República Argentina; siendo natural que el heredero ó legatario á quien se favorece en un testamento abierto, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad, puedan intervenir como testigos en el testamento que les favorece; por cuanto, de consentirse este doble caracter de testigo y heredero ó legatario, se daria á entender que una misma persona puede justificar por su testimonio propio lo que á la misma utiliza; y esto en buenos principios de derecho, sobre ser imposible, implicaría el mayor de los absurdos.

El derecho Romano excluia ya de la testificación en sus testamentos, al heredero instituido en el mismo, más no á los legatarios asi se ve al menos en la Inst. párrafo 10 de *testament. ordin.*; mientras que el Código Francés en su art. 975, excluye también á los parientes del legatario hasta el cuarto grado inclusive: pero nuestro Código hace muy oportunamente una diferencia entre legatario de alguna importancia y aquel á quien únicamente se le deja como legado un simple recuerdo; pues éste puede servir de testigo en el mismo testamento en que se le confirió el legado de un objeto mueble ó de una cantidad de pequeña importancia con relación al haber hereditario.

Precedentes tenemos en la Ley 11, tit. 1.°, Part. 6.ª en la que ya hemos indicado se excluia de ser testigos en testamento á los parientes del heredero dentro del cuarto grado, y el Tribunal Supremo en algunas sentencias ha venido diciendo que esta exclusión sólo se entendia en los testamentos nuncupativos, pues en el cerrado se comprende bien que deje de admitirse, por cuanto el testigo no puede conocer la voluntad del testador, toda vez que los testigos sólo acreditan que el testador expresó haber hecho testamento cerrado, pero sin descubrir en que consistia; y asi se desprende de las consideraciones hechas en la Sentencia de 20 de Abril de 1865, y otras varias de la misma indole.

No citaremos ya entre sus concordancias el precepto antes indicado del Código Francés, por no incurrir en repeticiones, si bién hemos de manifestar que concuerda perfectamente con el articulo que de nuestro Código comentamos, el art. 3706 del Código de la República Argentino, el 975 del Código de Bélgica, el núm. 4.° del art. 3757 del Código de Campeche y otros varios.

Art. 683. Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento.

Es evidente que las condiciones que se exigen para ser testigo han de tenerse en cuenta con relación á la época en que se otorgó el testamento, no á época posterior ó sea á la de la muerte del testador; porque se comprende fácilmente que tratándose de justificar un acto solemne efectuado para que surta sus efectos después de la muerte del que lo verifica, los testigos tienen necesariamente que estar en condiciones de serlo cuando se ejecuta ese acto, cuando se expresa esa última voluntad y se dispone de los bienes, pues el acto es lo esencial toda vez que en él es donde se dispone de sus bienes, por más que la ejecución de lo dispuesto en el testamento, dependa de la muerte del testador; así es que cuando se quiera declarar inhábil á un testigo, es preciso que la causa de incapacidad se demuestre haber existido al tiempo de otorgarse el testamento, y de nada serviría que se justificase que al fallecer el testador estuviese un testigo en el extranjero, ó fuese sordo, ó ciego, ó no pudiera hablar, ó estuviera privado de sano juicio, con tal que al otorgamiento de la última voluntad en la que hubiere intervenido como testigo, se hallare en el punto donde se otorgó, con residencia habitual en el mismo, no hubiese perdido el oido, tuviese perfectamente expedito el sentido de la vista, y estuviese en el pleno uso de sus facultades mentales.

Ya en la Ley 22, tít. 1.°, lib. 28 del Digesto, y en las Leyes 2, 3 y 13, tít. 5, lib. 22 del mismo Digesto, se encontraban algunos preceptos relativos á este asunto; y el art. 591 del Proyecto de Código de 1851, como el art. 678 del Proyecto de 1882, propusieron prescripciones análogas á la que ahora nos ocupa.

Concordancias encontramos con dicho artículo de nuestro Código en los preceptos contenidos en el art. 1966 de Portugal, en el art. 771 del Código de Uruguay, en el art. 3668 del Código dé la República Argentina, que dictado está de conformidad con lo prevenido en la Ley 22, tít. 1.°, lib. 28 del Digesto, disponiendo que la capacidad de los testigos debe existir al tiempo de la formación del testamento; con el art. 3759 del Código de Campeche; el 3490 del Código de la Baja California y el 3759 del Código de México, de los cuales parece copiado el de nuestro Código, puesto que entre ellos no cabe mayor exactitud; y si bien el Código de Veracruz-Llave en su art. 899 sólo dice, que para calificar la edad de los testigos, se ha de atender al tiempo en que fué hecho el testamento, por el espíritu que informa todo aquel Código, se comprende perfectamente que en ese como en los demás Códigos de los pueblos civilizados, no puede menos de conceptuarse como seguro é indeleble el principio de que todas las excepciones señaladas para ser testigo en testamento, entenderse deben

con relación al tiempo del otorgamiento de éste, porque su misión es justificar lo que en aquella época sucedió, interviniendo en la constitución del acto para dar fuerza con su testimonio al documento que con el nombre de testamento habra de surtir sus efectos en su dia; porque su misión consiste en dar permanencia á un hecho que se realizó, que nació, que tuvo su presente y su vida, pero que sólo podia perpetuarse para lo futuro y tener sus consecuencias documentándolo, como sucede con la mayor parte de los actos humanos.

Art. 684. Para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas.

Método es este, aceptado sin duda por el legislador para evitar todo fraude, y al objeto de que nunca pueda suponerse que por equivocaciones ó mala interpretación del lenguaje en que se testa, pudiera darse un giro inverosímil á la última voluntad del testador; es más, como en España el lenguaje oficial es el castellano, todo documento público que aqui se otorgue en tal lenguaje debe extenderse; y por ello nada de extraño es, que según el art. 684 del Código que comentamos, no solo se exija para testar en lengua extranjera la presencia de dos interpretes elegidos por el testador, y que traduzcan al castellano dicha disposición, sino que el testamento quede escrito en las dos lenguas; es decir, en castellano y en el lenguaje extranjero que el testador se propuso.

Se comprende perfectamente que el testamento en lengua extranjera no ha de otorgarse por capricho entre españoles, sino que se refiere al idioma de la ciudadania de aquel que testa; y que para el caso de que el Notario no supiera el idioma en que el testador dispusiere de sus bienes, los intérprétes deben ser los encargados no sólo de enterar al Notario de la manifestación hecha por el testador, sino de extender por escrito el mismo testamento en la lengua extranjera á que el caso se refiera, traducirlo al castellano, y solo de este modo podrán quedar perfectamente escritas las dos matrices en ambas lenguas.

El Proyecto de Código de 1851 ya proponia en su art. 566, como luego ha propuesto el Proyecto de 1882 en su art. 679 preceptos análogos á los consignados en nuestro Código; y en varios Códigos extranjeros se encuentran concordancias con el precepto que de nuestro Código nos ocupa, muy principalmente en el art. 3633 del Código de la República Argentina, en el 3700 del Código de México, en el 126 del Código de Prusia, en los arts. 796 y 797 del Código de Guatemala, en el 883 del de Veracruz-Llave, en el 3750 del Código de Campeche, en el 3491 del Código de la Baja California y otros varios; debiendo hacerse presente que estos últimos preceptúan, que cuando el testador ignore el idioma del pais, concurrirán al acto y firmarán el testamento, además de los testigos y el Notario, dos intérpretes nombrados por el mismo testador.



El artículo que de nuestro Código comentamos ha sido modificado en esta segunda edición, pues en la primera se exigía que los intérpretes fuesen juramentados.

Art. 685. El Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento, deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos tsstigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia del Notario, en los casos de los artículos 700 y 701.

La razón de este precepto es obvia. Si no se exigiese que el Notario y los testigos conocieran al testador, mal podría acreditarse la personalidad de éste y mal podría justificarse que la disposición última en que intervinieron como Notario y testigos respectivamente, era de la misma persona del testador. Aquí son necesarios en primer término, para que un testamento prevalezca, la justificación de tres conceptos por lo menos, siendo el primero la demostración palpable de la personalidad del testador, la justificación cumplida de su capacidad para testar; siendo el segundo, la verdad real de la ejecución del acto, la autenticidad de la disposición, y entrando, en tercer término, como elemento constituvo del testamento válido las demás formalidades que la Ley previene concurran en los testamentos. De modo, que si el Notario y los testigos, dos cuando menos, no conocen al testador ó no identifican su personalidad con arreglo á la ley, es absurda, quimérica é imposible la validez del testamento, por cuanto no puede determinarse el sugeto del derecho, y no habiendo esa determinación, ese conocimiento perfecto de quien es el que testa, se daría lugar á la suposición de testamentos efectuados por personas que no habían pensado siquiera en otorgarlos.

Por esto se comprende perfectamente la prescripción del artículo que comentamos, que sobre ser lógica y justa por demás, viene á sostener y corroborar lo que ya prevenía el art. 23 de la Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, los arts. 66 y 74 del Reglamento que para su ejecución se dictó en 9 de Noviembre de 1879, y lo propuesto en el artículo 680 del Proyecto de Código Civil de 1882.

Este artículo ha sido adicionado con el segundo párrafo que no se incluía en la primera edición del Código, cuya adición es perfectamente justa y con-

veniente, por cuanto las condiciones de los testigos en este punto deben ser las mismas para los testamentos cerrados que para los abiertos; y como los siguientes ha dado lugar á reclamaciones varias por la imposibilidad en que algunas veces se encuentra el Notario de dar fe del conocimiento del testador y del de los testigos que à la vez conozcan al otorgante; pero desde el momento en que fué reformado en esta edición, en la manera que dejamos indicada, ha desaparecido indudablemente todo pretexto de crítica, relativamente á los preceptos que hoy contiene el artículo que comentamos.

Concordancias encontramos con dicho artículo en el 756 del Código de Uruguay, en el 1913 del de Portugal, en el 3761 del de Campeche, 3492 del Código de la Baja California y 3761 del Código de México; preceptuando estos tres últimos Códigos que, tanto el Notario como los testigos que intervienen en el testamento deberán conocer al testador ó certificarse de algún modo su identidad y de que se hallaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción.

Art. 686. Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, ó por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.

Este artículo viene á facilitar la testamentifacción activa de una manera que casi perjudica cuanto se relaciona á la autenticidad de los testamentos; pues abierta esa senda para eludir el cumplimiento de la ley, por ella se caminará muchas veces para penetrar en un terreno desconocido y dar lugar á testamentos que verdaderos gérmenes sean de litigios; y si bien la Ley del Notariado antes citada en su art. 23 algo prescribía respecto del caso, es lo cierto que sólo se refería á los casos extraordinarios y graves en que no fuere posible consignar por completo todas las circunstancias del otorgante, expresando cuanto sobre sus condiciones les consta al Notario y á los testigos, y manifestando también los testigos instrumentales y de conocimiento que puedan acreditar su identidad.

Es más, el apartado último del expresado artículo que comentamos contiene un precepto que favorece en gran manera al que combate el testamento otorgado en las condiciones antedichas, puesto que en vez de imponer la prueba al demandante, como de ordinario sucede en todo asunto, porque es lógico siempre que el demandante afirme hechos contrarios al demandado, en el caso á que se refiere este artículo se preceptúa que sea el obligado á hacer la

prueba de la identidad del testador, no el que impugne el testamento sino el que contrarie la impugnación, sosteniendo su validez, lo cual da á entender de modo bien claro que tal testamento no se conceptúa válido mientras no se pruebe lo contrario, ó que el legislador en este punto contradice grandemente los principios de derecho antes sentados. Más claro: por regla general todo testamento, todo contrato perfeccionado y consumado, todo título público, se supone cierto y valedero mientras no se llegue á demostrar su invalidación, como se supone siempre también la libertad de la propiedad mientras no se demuestre que está gravada; pues bien, todo cuanto se intente contra esa presunción legal, todo cuanto conduzca á impugnar esas verdades legales tenidas por inconcusas y por reales, parece lógico y es lo que con arreglo á los principios de derecho debe suceder, que se demuestre con pruebas positivas contrarias á dicha verdad; y, por lo mismo, que el actor en esos pleitos, para demostrar que no es cierto lo que por tal pasaba, sea el obligado á producir las pruebas: y precisamente lo contrario á esto, que tan lógico parece, es lo que se establece en el párrafo 2.º de este art. 686, puesto que se previene que el que impugne ese testamento no es el que hará la prueba de que el testador era distinta persona de aquella que figura como tal en el testamento impugnado, cuyo precepto tan sólo puede admitirse bajo el concepto de que se presente la impugnación como demanda negativa de la identidad y se inviertan los términos del litigio, sosteniendo el demandado la afirmación de la identidad combatida.

El Proyecto de Código Civil de 1882 en su art. 681 propuso preceptos análogos al que al presente nos ocupa; y concordancias encontramos en los arts. 3762 y 3763 del Código de Campeche; en los 3493 y 3494 del de la Baja California, en los arts. 3762 y 3763 del Código de México y otros varios; debiendo hacerse presente que tales Códigos disponen que si la identidad del testador no puede ser verificada, se declarará esta circunstancia por el Notario ó por los testigos en su caso, agregando uno ú otros todas las señales que caractericen la persona de aquél, y que no tendrá validez el testamento mientras no se justifique la identidad del testador.

Art. 687. Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

Es natural que si en este capítulo se han consignado las formalidades que todo testamento debe tener, desde el momento en que se haya faltado á ellas, se conceptúe nulo por el Ministerio de la Ley; puesto que nunca fué válido; y lo que desde el principio tiene vicios de nulidad, jamás puede conceptuarse con validez: pero en esto no hay que confundir los preceptos ya sentados re-

lativamente á la falta de institución de heredero; pues asi como ésta en el derecho Romano y en nuestro antiguo derecho hasta el Ordenamiento de Alcalá producia nulidad del testamento, desde la época en que se dió dicho Ordenamiento, cuyos principios en esta parte fueron desenvueltos en las Leyes de Toro y consignadas después en la Novisima Recopilación, ante el derecho general se conceptuaron válidos dichos testamentos por más que en ellos no se hicieren más que legados; como ante el derecho foral se expresó también que el testamento que no servia como tal, (bajo el concepto de faltar la institución) podia servir y prosperar en cuanto se disponia de los bienes por legados. Asi es que de la disposición que contiene este art. 687, podemos citar como precedentes las Leyes 12 y 21, tit. 23, lib. 6.° del Código Justinianeo, y la Ley 32, titulo 9.°, Partida 6.ª, mientras que no podriamos indicar tales precedentes si confundiéramos los extremos antes indicados.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 682, proponia idénticos preceptos á los que nuestro Código determina; y si bien es de notar que en este capitulo no se mencionan todos los requisitos que la Ley del Notariado prefija, no por esto ha de entenderse que aquella quede derogada; siendo de notar tambien que la mayor parte de los Códigos extranjeros están conformes en que son nulos los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado extrictamente las prescripciones señaladas por la Ley: asi se ve en el art. 3774 del Código de Campeche, en el 3505 del de la Baja California, en el 3774 del de México, en los arts. 3660, 3661 y 3662 del de la República Argentina, y en el 896 del de Veracruz-Llave. Siendo más que natural que tal suceda, puesto que la validez del testamento debe depender de la observancia de la Ley que rija al tiempo de otorgarse; tanto que un cambio de Ley posterior no produciria nulidad en el otorgamiento, y si el testador no cambiase de última voluntad seria perfectamente válido por muchos años que transcurriesen hasta su muerte, durante los cuales hubieran estado rigiéndose bajo leyes nuevas ó distintas de aquellas que regian en la época en que se otorgó el testamento; mientras que la inobservancia ó falta de cualquiera de las solemnidades prescritas y que en vigor estuviesen al otorgamiento, anularia el testamento otorgado.

SECCIÓN CUARTA

DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Art. 688. El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento, deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y estar

escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Artículo es este en el que se contienen preceptos acerca de los que nos hemos ocupado ya al tratar del art. 678, en cuyo comentario dijimos bastante acerca de la relación que entre uno y otro artículo existía, de las ventajas é inconvenientes que podían verse en el testamento ológrafo, de su objeto principal, del papel en que debía redactarse y de las consecuencias que el mismo pudiera producir. Hoy no hemos de detenernos gran cosa, por cuanto evitamos toda clase de repeticiones, y porque refiriéndonos á lo expuesto en aquel comentario, con ello ha de ser bastante para llenar nuestro objeto.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 684 y el Proyecto de 1851 en su artículo 564, no dejaban de proponer prescripciones análogas á las contenidas en los apartados primero y segundo que ahora comentamos, y si bien el apartado tercero parece nuevo en su redacción, en principio consignado se hallaba en el art. 685 del Proyecto de 1882, donde se hacía extensiva la facultad de testar de tal modo, al sordo-mudo y á cualquier otro que no pudiera hablar ni ser entendido de viva voz, más con la precisa condición de saber escribir el que en tal forma otorgare testamento. Se comprende perfectamente, que para otorgar testamento ológrafo sea condición indispensable saber escribir; el que sabe escribir debe saber leer, pues el que simplemente sabe dibujar su firma no sabe escribir, y llenando los requisitos que el Código prescribe, puede otorgarse el testamento ológrafo. Ha de ser mayor de edad para evitar toda sugestión, para que exista verdadera expontaneidad.

Papel en que ha de escribirse dicho testamento, ya dijimos nuestro parecer: papel sellado, pero basta sea éste el de tres reales, en el cual se extienden las matrices de los testamentos, sin perjuicio de que luego al protocolizarse, cuando despues de la muerte del testador ha de empezar á ejecutarse su última voluntad, se reintegre y abone á la Hacienda el papel correspondiente como sucede con los testamentos cerrados al protocolizarlos que es con los que tiene verdadera analogía.

Año del sello del papel que se usare: Tiene que ser necesariamente el del año en que se otorgó el testamento, pues sería de temer una falsedad si no apareciese conformidad entre la fecha del testamento y el año del timbre del papel empleado.

Que esté escrito todo el testamento y firmado por el testador con expresión

del año, mes y dia en que se otorgue. Si así no fuese, si el testador no escribiese de su puño y letra todo el testamento, dejará de ser ológrafo, pues esto para los efectos de la Ley, tanto quiere decir como autógrafo, y ofender no queremos la ilustración de los lectores de este Código explicando más el sentido de la palabra autógrafo, que saben perfectamente se deriva del griego y que descompuesta en sus raices se compone de las palabras autos y grafos: γραφος αυτω y que traducido en nuestro idioma significa escrito por sí mismo. En cuanto á que el escrito exprese el año, mes y dia en que se otorgüe, es esencial para determinar el momento histórico de la otorgación, y tenerlo en cuenta á fin de conocer, si en aquella época pudiera tener el testador alguna incapacidad.

Se exige también que si contiene el testamento palabras tachadas, enmendadas, ó entre renglones, sean salvadas éstas por el testador antes de poner su firma; y esto es muy natural, pues de no hacerse así, podrian verificarse al abrir el testamento miles de enmiendas, que dándoles fuerza y valor, cuando no apareciesen salvadas, alterarían por completo la verdad de la última disposición expresada por el testador.

En cuanto á que los extranjeros podrán otorgar el testamento ológrafo en su propio idioma, es también indudable y de buen sentido, puesto que la facilidad mayor que estos tienen para explicarse en el idioma nativo, y las condiciones en que los mismos se encuentran, dan una mayor seguridad y un mayor tecnicismo al testamento escrito por el extranjero en su idioma, que al expresado en cualquier otra lengua.

Dijimos ya, y repetimos hoy, que no habiamos de incurrir en las exageraciones que algunos incurren al tratar de los testamentos ológrafos, viendo en ellos una ciega é inconsciente imitación del Código Francés; nosotros ni somos partidarios de rechazar los Códigos extranjeros, ni de adoptarlos en todas sus partes por el nombre que tengan, nos complace aceptar lo bueno y rechazar lo malo de donde quiera que venga; y comprendemos perfectamente que el legislador, en un pais como el nuestro, ha debido inspirarse en los buenos principios que haya encontrado, lo mismo en el Código Francés, que en el Belga, que en el de Italia, que en los Americanos, y en nuestras legislaciones, en cuanto son adaptables en la presente época, y en cuanto por la naturaleza del pueblo para que se dan, sean convenientes; y en este justo medio vemos nuestro Código informado generalmente; pero no podemos estar conformes con lo que algunos publicistas sostienen, y con lo determinado en algunos fallos de los Tribunales Franceses respecto de la validez del testamento ológrafo escrito en distintas hojas separadas, aunque la última sea la que esté firmada únicamente, si es que entre ellas existe la relación necesaria para que se considere el otorgamiento como uno sólo y único acto, pues con tales teorías ni sería fácil sostener la tésis que hemos sostenido respecto del papel, ni habria la formalidad suficiente para dar carácter á una última disposición testamentaria de tal

manera otorgada, por cuanto en nuestro pais está prohibido el uso de los medios pliegos en el papel sellado.

Aparece alguna diferencia entre la primèra edición y esta segunda que comentamos, de la cuál ni siquiera hemos de ocuparnos, toda vez que en el Código hoy vigente, aparecen con mayor claridad los preceptos en él contenidos que en aquella, y se señala una circunstancia que en la primera edición no se marcó, cual es, que para otorgar testamento ológrafo, se hace indispensable que el testador sea mayor de edad; lo cual tiene su razón de ser, por cuanto durante la menor edad podria fácilmente ser cohibido á otorgar bajo las sombras del misterio, un testamento que realmente no fuese la expontánea expresión de su voluntad, lo cual no es tan fácil suceda cuando el testador se encuentra en la mayor edad, puesto que ni está sujeto á la influencia de sus tutores, ni deja de tener la fortaleza bastante en su ánimo para evitar coacciones.

El Proyecto de 1851 en su art. 586 y el de 1882 en el art. 684, propusieron ya preceptos análogos; y concordancias encontramos en los arts. 970 del Código de Bélgica, 1026 del de Chile, 775 del de Italia, 970 del Francés, 793 del de Uruguay, 648 del de Vaud, 1589 del de Luisiana, el art. 979 del Código de Holanda, 880 del de Veracruz-Llave, 3639 al 3650 del de la República Argentina y otros varios.

Art. 689. El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, ó al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido.

Como el testamento ológrafo es la expresión privada de la última voluntad de uno, hecha por el mismo testador, es preciso para la validez que se protocolice, como se protocoliza el testamento cerrado, como en Aragón se protocoliza el testamento privado, verdaderamente ológrafo, después de la adveración hecha ante el cura y testigos ante los Santos Evangelios en la puerta de la Iglesia. El testamento ológrafo, que algunos confunden lastimosamente con el antiguo testamento militar, hijo del privilegio, aunque con causa justificada, como es el peligro que corre el que entra en campaña, y cuyo testamento privilegiado lo mismo podia ser escrito que nuncupativo, y para cuyo testamento militar no era preciso, como en el ológrafo, saber leer ni escribir; el testamento militar, perfectamente dibujado en la Ley 12, tit. 5.º, lib. 2.º del Fuero Juzgo como en la Ley 4.ª, tít. 1.º, Part. 6.ª; en la Instituta, como en el Digesto (lib. 37, tit. 13); en las Ordenanzas del ejército, como en las Leyes 7.ª y 8.ª, tit. 18, lib. 10 de la Novisima Recopilación, y en otras varias disposiciones que prolijo seria enumerar; nada tiene de común con el ológrafo, que con el carácter de general facilita la testamentifacción activa.

Para la validez de este testamento se hace preciso que se protocolice dentro de los cinco años, á contar desde la muerte del testador; y para ello debe presentarlo al Juez de 1.ª instancia del último domicilio del testador, la persona que en su poder lo tuviere. Desde que esta protocolización se hace tiene fuerza legal, tiene verdadera validez: lo cual es una garantía más de la verdad que encierra, pues no es factible que quien conciencia tiene de sus actos, vaya á pretender la protocolización de un testamento falso. De manera que según lo expuesto en el artículo que comentamos, no es eficáz este testamento ológrafo hasta que adverado solemnemente ante el Tribunal, se eleva á escritura pública y pasa á formar parte integrante de un protocolo notarial, que es lo mismo que sucede con el testamento cerrado y muy especialmente en el testamento privado de Aragón á que antes hemos aludido; y como en el cerrado, será preciso que al presentarse ante el Juez correspondiente un testamento ológrafo, se extienda por el Escribano diligencia expresiva de su estado, firmándola la persona que hiciese la presentación, é inmediatamente deberá el Juez decretar su apertura para la que citará á los interesados y al Notario, al objeto de que se dé pública lectura de dicho testamento y se verifique su protocolización; y aunque nada sobre esto pueda decir la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser anterior á nuestro Código, habrá que considerar tal acto de jurisdicción voluntaria tanto por lo que en sí significa esta clase de jurisdicción, como por la relación que tiene con la protocolización del testamento cerrado, que como de jurisdicción voluntaria se ha tramitado siempre, según se vé claramente en varias decisiones del Tribunal Supremo, entre otras las de 1.º y 8 Agosto de 1859, 22 Mayo de 1860, 7 Marzo de 1888 y otras.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 686 proponia preceptos análogos, si bien señalaba como término máximo para presentar el testamento un año; y en los arts. 1956 al 1979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se consignan preceptos relativos á la protocolización de los testamentos cerrados y memorias testamentarias, que en lo compatible con las nuevas prescripciones, deben tenerse en cuenta por ahora para la protocolización de los testamentos ológrafos, sobre todo en los arts. 1956 al 1961 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que compatibles sean con lo prevenido en los arts. 690 al 699 de este Código, en los cuales se fija la tramitación que ha de seguir, complementándose en lo racional unas y otras disposiciones.

Concordancias encontramos entre el artículo que nos ocupa de nuestro Código y el 1007 del Código Francés, en el que se preceptúa que: «Todo testamento ológrafo se deberá presentar antes de ponerse en ejecución al presidente del Tribunal de 1.ª instancia del Distrito en que se verifique la herencia. Este testamento se abrirá si está cerrado. El presidente extenderá acta de la presentación, de la apertura y del estado del testamento, y mandará que se deposite en manos del Escribano por el comisionado. Si el testamento estuviere en

forma mixta, se hará del mismo modo su presentación, apertura, descripción y depósito; pero no podrá hacerse la apertura, sino en presencia y con citación de aquellos Notarios y testigos que firmen el acta de suscrición y se hallen en aquel lugar».

Esto significa, en nuestro concepto, que en Francia el testamento ológrafo ha sido tratado y considerado como entre nosotros el testamento cerrado, sin más diferencia que la circunstancia de estar escrito por el mismo testador, y alguna otra ligera discrepancia con el puramente cerrado. Y esto último lo vemos en el Código de Italia, en el Código de Bélgica y en muchos de los otros Códigos modernos de los pueblos más civilizados de Europa y América, como se encuentra también en el art. 3691 y 3692 del Código de la República Argentina, en el 933 del Código de Nápoles, en el art. 1648 y 1650 del Código de Luisiana y otros varios.

Art. 690. La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea ó en cualquier otro concepto.

Artículo es éste en el que aparece demostrarse que el testamento ológrafo debe ser depositado necesariamente en alguna persona distinta de aquella que lo otorga; nosotros, conformes con el precepto de los Códigos Americanos que hemos examinado, creemos que el testamento ológrafo, como el cerrado en aquellos países, puede conservarlo el mismo testador, puede depositarlo en cualquier persona, y puede también hacer ese depósito en Notario público; mas siguiendo el precepto del art. 690 que de nuestro Código nos ocupa, hemos de limitarnos á exponer, que la persona en cuyo poder se hallare un testamento ológrafo, está obligada á presentar el referido testamento ante el Juzgado del último domicilio del testador en los diez días siguientes al de su muerte, y que de no hacerlo, incurre en responsabilidad, no sólo de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse por la dilación, sino hasta criminalmente por la ocultación de documentos, como se preceptúa en algunos Códigos de varios Estados Americanos. Mas nuestro Código consigna la facultad que tiene también de presentarlo cualquiera que interés pueda tener en el testamento como heredero, legatario, albacea, ó por otro concepto cualquiera.

Más ocurrirá aquí la duda quizá, de si los comprendidos en el párrafo 2.º de

este artículo que comentamos, tienen también el deber de hacer la presentación del testamento dentro de ese término de diez días; pero esto que no se expresa, no hay necesidad de manifestarlo, por cuanto el interés que cada uno tenga por la apertura de ese testamento, ha de obligarle más que el precepto legal à su presentación, pues de ella depende precisamente la efectividad y desarrollo de la voluntad del testador; y por esto nosotros creemos también que debiera haberse prevenido, que, si alguno, interesado en la herencia de otra persona, no presentase su testamento ológrafo, ó impidiese que otros verificasen su presentación, pierda los derechos que pudiera tener á los bienes herenciales; porque de este modo, se evitaría que, transcurridos los cinco años, hubiera que declarar intestado al que testado había; y, para evitar abusos, debía prevenirse que, el que tal hiciese, no sólo perdería la parte de herencia que abintestado pudiera corresponderle, sino que se le exigiría la responsabilidad criminal en que hubiese incurrido por la ocultación de documentos.

Es más, para evitar cavilosidades y distingos, que en nuestro concepto no tienen fundamento alguno, hemos de exponer que en el caso en que el último domicilio del que hubiera hecho testamento ológrafo fuere el de un pueblo en el cual no hubiere Juez de 1.ª instancia, como quiera que los Juzgados de esta clase extienden su jurisdicción sobre todos los Juzgados municipales de su partido, y además lo mismo en la Ley orgánica que en la Ley adicional á ésta y en la Ley de Enjuiciamiento civil se fijan ya los casos de competencia, muy especialmente en las reglas 5.ª, 6.ª y 7.ª del art. 63 de dicha ley de enjuiciar, sólo los jueces de 1.ª instancia del partido á que corresponda el último domicilio del testador, serán los competentes para conocer de la apertura y ordenar la protocolización del testamento ológrafo, con tanto más motivo, cuanto ya hemos dicho que tal protocolización ha de conceptuarse como de jurisdicción voluntaria, y ha de sustanciarse en lo compatible con las disposiciones de este Código, no sólo con arreglo á los principios generales de esta clase de jurisdicción, sino atemperándose en lo posible á lo prevenido en el tit. 7.°, lib. 3.° de la Ley de Enjuiciamento civil (arts. 1956 al 1979) para la apertura de los testamentos cerrados y protocolización de memorias testamentarias. Y tanto es así que en Francia como en Bélgica y en Italia, donde hace largo tiempo que se dispone de los bienes para después de la muerte con bastante frecuencia por testamento ológrafo, se disponía ya en el art. 20 de la Ley de 22 Frimario del año VII, que las actas de depósito de testamentos ológrafos debían ser presentadas al presidente del Tribunal de primera instancia y registradas dentro del término de los diez días antes indicados, porque siendo estos Tribunales de primera instancia los únicos competentes para conocer de tales asuntos, no podía extenderse ni llevarse más allá de lo que la Ley prevenía tal jurisdicción, dándoles competencia á los Jueces Municipales y Alcaldes para aquello que no la tenían, bajo frívolos pretextos de perjuicios que pudieran irrogársele al que

en su poder tuviere un testamento ológrafo, cuyos principios han venido sustentándose por los Tribunales de aquel país, decidiendo en este sentido más de un caso varias Sentencias del Tribunal de casación, entre ellas la de 14 de Julio de 1823 y la de 27 Mayo de 1856.

Y no se diga, no, que haya analogía entre el caso de la presentación de un testamento ológrafo y la prevención de un *ab intestato*, porque si en ésta entiende alguna vez el Juez Municipal en las primeras diligencias indispensables para la seguridad de los bienes de una herencia yacente, lo hace tan sólo al efecto de esa seguridad de los bienes, no para evitar perjuicios á una determinada persona, y de momento, hasta que con la premura del caso pueda darse el parte correspondiente al Juez de primera instancia para que cumpla los requisitos legales con arreglo á lo que dispone el tít. 9.° de la Ley de Enjuiciamiento civil en su sección 1.ª, en relación con el art. 1043 de dicha Ley y sus demás concordantes.

El Proyecto de 1882, en su art. 687, proponía preceptos análogos; y se encuentran concordancias entre el artículo que comentamos y el 1007 del Código de Francia, el 3691 del Código de la República Argentina, el 1920 del de Portugal, el 912 del Código de Italia, y otros varios.

Hay más; para el inesperado caso de que quien tuviese en su poder el testamento ológrafo no pudiere acudir al Juzgado de primera instancia por causa de fuerza mayor, como un temporal, interceptación de caminos, enfermedad, etc., etc., creemos que, sin perjuicio de la prueba conveniente en su día para eximirse de responsabilidad, podría llamar la atención al Juez municipal ú otra autoridad, la que tuviese más próxima, para que, dando ésta parte al Juez de primera instancia antes de los 10 días, quedase cumplido el precepto legal, sin perjuicio de persona alguna.

Art. 691. Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo.

A falta de testigos idóneos, ó si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.

El precepto de este artículo da á entender que el testamento ológrafo ha de ser siempre cerrado; y aunque creemos que la mayor parte de las veces se presentará en estas condiciones, también estamos en la persuasión firmísima de

que el testamento ológrafo puede ser perfectamente válido sin estar cerrado; pero presentándose como hemos dicho en esta forma, es lo natural que en el momento que se presente á la autoridad judicial y que se acredite el fallecimiento del testador, el Juez rubrique todas las hojas del testamento, compruebe su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado por el mismo testador, mandando su protocolización; más aquí se ve que desde el momento en que los testigos hayan de expresar si abrigan ó no duda racional acerca de la autenticidad del escrito, se empieza á suponer la falta de autenticidad; y para que como auténtico se considere un escrito, es preciso que no haya respecto del mismo duda de ningún género.

En cuanto al segundo párrafo, lo encontramos innecesario, supérfluo y contradictorio; pues el Juez que se empapa de los asuntos que á su decisión se someten, ni obligado está á sostener el informe pericial del cotejo de letras, ni estos informes pueden hacerse en un sentido completamente indubitado, por más que en los peritos impere la mejor buena fé y el mayor número de conocimientos caligráficos que les adornen, pues no hay perito alguno calígrafo que por bueno que sea, pueda asegurar bajo su conciencia honrada que el escrito que se le presenta es de una persona determinada sin género de duda alguna.

El Proyecto de Código Civil de 1882 proponía preceptos análogos en sus artículos 688 al 690, y concordancias encontramos hasta cierto punto, no sólo en los arts. 1007 del Código de Francia, 915 del de Italia y 1007 del de Bélgica, sino en los arts. 2692 al 2695 del Código de la República Argentina, 1648 al 1650 del de Luisiana, 938 del de Nápoles y otros varios.

Art. 692. Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes legítimos del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos.

Si estas personas no residieren dentro del partido, ó se ignorare su existencia, ó siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal.

Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones sobre la autenticidad del testamento.

Ya hemos dicho anteriormente lo que en nuestro concepto debe hacerse desde el momento que se presente el testamento ológrafo al Juez de 1.ª instan-

cia, debe consignarse diligencia de presentación haciendo constar en la hora, dia y año en que se presente, dónde se hace la presentación, ante quién, por qué persona, en qué condiciones, ó si está abierto ó cerrado, limpio ó sucio, con raspados y enmiendas ó sin ellas, si se hallan salvados caso de haberlos; y después de consignado todo esto y cuanto de notar fuere digno, el Juez debe dictar providencia mandando citar al cónyuge sobreviviente si lo hubiere, á los ascendientes y descendientes legítimos del testador y en defecto de unos y otros á los hermanos. Esto se comprende perfectamente, pues parecen, por su órden, los interesados en primer término, de cuanto dispusiese aquel en su última voluntad.

Ahora bien; si las personas antes designadas no residieran dentro del partido donde el testamento ológrafo se presente, ó se ignorase su paradero, ó conociéndolo, alguna de esas personas fuese menor de edad, ó incapacitada, es evidente que debe hacerse la citación al Ministerio Fiscal, y como no hay Promotores Fiscales en los Juzgados, se conceptuará á los Fiscales Municipales como representación bastante del Ministerio de la ley, y por lo tanto de los ausentes, incapacitados y menores; cuyos Fiscales, consultando con su Jefe inmediato, han de llenar perfectamente su cometido; pues aunque se quisiere prescindir del número 6.º del art. 838 de la Ley de Organización del poder judicial, asi lo determina claramente el art. 58 de la Ley adicional á la orgánica de 14 de Octubre de 1882.

También es lógico, natural y justo por demás, que los citados, en virtud de las anteriores prescripciones, puedan presenciar la práctica de las diligencias de apertura, lectura y protocolización del testamento ológrafo, y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento, pues á este efecto se les cita, y son verdaderamente los interesados en la plena demostración de la más sincera y real expresión de la voluntad del testador.

El Proyecto de 1882 en su art. 689, propuso preceptos análogos, y la mayoría de los códigos modernos consignan prescripciones de carácter tal, que bien pueden conceptuarse como verdaderas concordancias del que nos ocupa.

Art. 693. Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán á los interesados las copias ó testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará á efecto, no obstante oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

Árbitro ha de haber para decidir de la autenlidad del testamento ológrafo, y éste no podrá ser otro que el Juez de 1.ª instancia del Partido donde el testador tuvo su última residencia; esto es de buen sentido, y no necesita comentario; como lo es también su consecuencia, es decir, que si el Juez estima justificada la identidad de ese testamento, ha de mandar necesariamente su protocolización con la de todas las diligencias practicadas para ello. ¿Y dónde se protocolizará? En el Registro del Notario correspondiente. ¿Y si hubiera en el pueblo varios Notarios? Donde el Juez dispusiera, ó en el del que los interesados solicitaran. ¿Y si hubiera entre ellos dualidad de pareceres? En el del heredero. ¿Y si no hubiera institución de heredero? En el que designase el legatario de más importancia.

El Notario en cuyo oficio se protocolice, dará á los interesados las copias ó testimonios que proceda, dice el Código; nosotros creemos que pudiera haberse expresado más claramente, entregará á cada uno de los interesados la *primera saca* y primer *testimonio* de dicho testamento en lo á los mismos correspondiente, expresándolo así en dicho testimonio y en el protocolo; y los demás testimonios que como segundos fuesen necesarios, sólo se extenderán, por órden judicial á quien se le solicita y con citación de los demás interesados, atemperándose á lo prevenido en los arts. 17, 18 y 31 de la Ley del Notariado, y los artículos 76, 78 al 92 del Reglamento para su ejecución, sin confundir jamás el testimonio, como lo confunde el art. 1968 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratar del testamento cerrado.

Si no se justifica la identidad, se negará la protocolización; llevándose á efecto la decisión judicial en este punto, cualquiera que sea, ordenando ó negando la protocolización, sin perjuicio de que los interesados ejerciten el derecho que crean tener en el juicio que corresponda, que á nuestro entender debe ser el declarativo.

El Proyecto de Código Civil de 1882, en su art. 690, proponía preceptos casi análogos; y no faltan Códigos extranjeros en los que se informan los mismos principios, por más que el artículo no sea igual al nuestro, pues este artículo que comentamos, tiene más bien un carácter adjetivo que sustantivo; pero hemos dicho antes que el Código de la República Argentina en el cap. 5.º del título 12, libro 4.º, se ocupa de esto, y muy especialmente en sus arts. 3692, 3694 y 3695.

SECCIÓN QUINTA

DEL TESTAMENTO ABIERTO

Art. 694. El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres tes-

tigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección.

Las formalidades del testamento abierto, ó mejor dicho, las reglas que deben seguirse para su otorgamiento, vienen á determinarse en esta sección, como señalando la pauta general que ha de seguirse al exponer las últimas voluntades, y sin dirigir una mirada retrospectiva sobre lo que fué en nuestra pátria el testamento nuncupativo y las formalidades que en su expresión se siguieron, por no hacer difuso este trabajo, nos limitaremos meramente á comentar lo que el texto del art. 694 de nuestro Código significa á nuestro entender.

El testamento abierto otorgarse debe ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento. Esto no significa sino que de acuerdo con lo prevenido en el art. 8.° de la Ley del Notariado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 del Reglamento para la ejecución de aquella, nuestro Código Civil sostiene que no en todas partes un Notario es hábil para intervenir ó actuar (que la palabra no puede censurarse sistemáticamente como algún publicista lo hace), para actuar, autorizar ú oficiar como Notario, pues debe limitar el ejercicio de sus funciones á dar fé pública de lo que en el partido judicial donde radican su oficio ó notaría se realiza, (ó dentro de los partidos que representan una población, cuando á las que tienen más de un Juzgado se refiere), sin que pueda autorizarlo en lugar del otro distrito notarial, sino cuando prévia y especialmente para ello sea requerido por el interesado, lo cual debe hacerse constar en el instrumento ó título público en que interviene bajo tales condiciones. Explicadas las frases primeras del artículo que comentamos, no cabrá duda de que el testamento abierto ha de otorgarse ante el Notario del lugar del otorgamiento, ó requerido en forma que le habilite para actuar, funcionar ó ejercer como tal Notario en el punto donde el testamento se otorga. Después de ese primer requisito indispensable, como que es el oficiante el que dá fé; después, repetimos, del Notario autorizante, necesitamos para otorgar testamento abierto, tres testigos idóneos, es decir que no estén incapacitados para serlo, que vean y entiendan al testador, porque si no le ven y no le entienden, mal podrán acreditar lo que verifican; y de estos tres testigos, se hace preciso que cuando menos uno, sepa escribir, pueda hacerlo y lo haga, firmando cuando menos al pié del título.

De manera, que según tal precepto, se necesitan en primer término, un otorgante ó persona y sugeto del derecho, que disponga de sus bienes para después de su muerte; en segundo término, un Notario hábil ante quien se



otorgue, que dé fé del acto; y por último, tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y uno de los cuales cuando menos sepa y pueda escribir, (no ha de ser hombre ilustrado y que por enfermedad no pueda escribir). Con tales requisitos habrá testamento abierto; sin ellos el testamento carece de los elementos indispensables que le constituirían en título de sucesión testada.

El último ó segundo apartado, anuncia las excepciones, recalcando que han de ser determinadas expresamente.

El Proyecto de 1851 en su art. 565 y 568, y el de 1882 en su art. 691 proponían preceptos análogos.

Concuerda el artículo que comentamos con el art. 971 del Código Francés, si bien con algunas variantes, puesto que en Francia el testamento público ha de otorgarse ante dos Notarios y en presencia de dos testigos, ó por un Notario en presencia de cuatro testigos.

Concuerda también con el art. 777 del Código de Italia, que es exactamente lo mismo que el de Francia, si bien invertidos los términos, es decir, que consigna en primer lugar como autorizante un Notario y cuatro testigos, y en segundo dos Notarios y dos testigos, y guarda perfecta conformidad con el 971 del Código de Bélgica, idéntico en todo al Francés; con el 649 del Código de Vaud, con el 1912 del de Portugal, el 985 del de Holanda, el 1014 del de Chile, el 1571 del de Luisiana, el 555 del de Uruguay, el 772 del de Guatemala, el 3651 del de la República Argentina, el 3768 del de México, el 3499 del de la Baja California, el 3768 del de Campeche, el 882 del de Veracruz-Llave, que preceptúa que: *El testamento abierto ha de ser dictado por el testador á presencia de los testigos y escrito por el Escribano, quien lo leerá después al testador en presencia de los mismos testigos y hará mención expresa de todo esto. Los testigos deben ver al testador y entender lo que dispone.* Y para completar nuestro artículo viene perfectamente la concordancia de otro artículo del Código de Veracruz-Llave á que nos estamos refiriendo, que es el art. 881, en el cual se previene que: *El testamento abierto debe ser otorgado ante Escribano público y tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, y de los cuales uno á lo menos sepa escribir.* Así es, que esos dos artículos del referido Código de Veracruz-Llave, vienen á completar el precepto que de nuestro Código comentamos; si bien, atendiendo á lo que antes expusimos respecto á la condición de los testigos, difiere de aquel nuestro Código, en que según éste, basta que los testigos sean residentes en el punto donde se otorga el testamento; con lo cual está perfectamente de acuerdo el art. 3654 del Código de la República Argentina, en que se previene que el testamento por acto público, debe ser hecho ante Escribano público y tres testigos residentes en el lugar.

No estamos conformes con lo que prescriben los Códigos Francés, Belga é Italiano respecto de la duplicidad de Notarios, pues siendo ó debiendo ser uno

el autorizante y uno sólo el protocolo en que se consigne la matriz del testamento, no comprendemos á que conduce el que se otorgue ante dos Notarios; y de la rebaja de testigos reducidos á dos en este caso, viene á deducirse que uno de dichos Notarios hace el papel de testigo con doble fuerza testifical, puesto que cuando sólo se celebra ante un Notario, se exigen cuatro testigos en aquellas tres naciones indicadas.

Tampoco estamos conformes con que en Luisiana se exijan tres testigos cuando son residentes, y cinco cuando no lo son, puesto que parece significar esto, que el que tiene idoneidad para ser testigo, no siendo residente pierde algún tanto de la fuerza probatoria que representa aquel que tiene residencia en el lugar del otorgamiento; y valiera más, que, como se hace en el Código de Portugal, sin distinción alguna se exigiera siempre la presencia de cinco testigos al otorgamiento de un testamento nuncupativo.

Se prescinde en Chile, pero sólo para casos extraordinarios, como en nuestro derecho foral de Aragón, Cataluña y Navarra, de la presencia del Notario, y puede testarse ante testigos, si bien en nuestras regiones aforadas que indicamos súplese la presencia del Notario por el Cura Párroco, y aún por sus tenientes en algunos puntos, con tal que luego venga á hacerse la adveración de dichos testamentos, según indicamos anteriormente, y según consignaremos con alguna mayor extensión al tratar de testamentos ante el derecho foral; pero no podemos pasar hoy sin corregir la versión producida equivocadamente por algún publicista respecto al testamento sacramental, que nos lo presenta como valedero siempre aunque sea debido á la simple declaración de dos personas ante el Notario y dos testigos instrumentales; cuando en realidad no sucede esto, toda vez que el testamento sacramental se realiza en la Iglesia de San Justo y Pastor de Barcelona, pero sin la presencia de Notario alguno, y sí ante el Juez de primera instancia correspondiente, á quien se hubiere solicitado la información testifical, que es lo que constituye la base de tal testamento sacramental; entonces, si el Juez encuentra veraces los testigos presentados, (que pueden ser más de dos) y quedan en la capilla de San Félix con el Tribunal y el Cura de la Parroquia, hasta la terminación de su exámen), en vista de aquella información que se hace constar en el acta correspondiente, (la cual firman cuantos al acto concurrieren oficialmente), acuerda lo que conceptúa procedente, mandando ó no que aquellas manifestaciones se tengan por la voluntad del moribundo, y ordenando caso afirmativo su protocolización; así al menos lo hemos hecho varias veces en el ejercicio de nuestro cargo, con arreglo á las prescripciones del *Recognoverunt Proceres*; limitándose éste privilegio á los vecinos de Barcelona y su término, sólo para el caso en que no pudiera comparecer Notario alguno á la autorización del testamento, y estuviera el testador en grave peligro de muerte; y tanto es así, que si aquel cuya gravedad obligó á expresar su última voluntad de palabra ante testigos, no

falleciere, ó aun falleciendo, fuera después de algún tiempo en que hubieren mediado términos hábiles para tratar en la forma común, sería ineficaz, y sin valor alguno aquella declaración anterior se consideraría.

Los expresados artículos de México, Campeche y Baja California están conforme con el nuestro respecto al número de testigos, según del texto de los mismos se desprende, pues en ellos se preceptúa que el testamento abierto se dictará de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el Notario.

Art. 695. El testador expresará su última voluntad al Notario y á los testigos. Redactado el testamento con arreglo á ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo.

Si el testador declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él, y á su ruego, uno de los testigos instrumentales ú otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

El Notario hará siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Combaten algunos los preceptos que este artículo contiene, por verdadero espíritu de contrariar cuanto leen, como si la crítica racional y el comentario consistiese en esto. Y claman sobre todo contra un principio que realmente no se sienta en el art. 695 que del Código comentamos, pues á pesar de que cierto publicista asegura, que el Código exige que el Notario autorizante dé fé de la capacidad del testador, lo cual supone el docto profesor, á que aludimos que contraría el ejercicio del derecho de testar y pone en graves apuros á los Notarios, contrariando también la Ley del Notariado, lejos de imponer tal obligación, exige sólo se dé fé del conocimiento de las personas que intervienen en los instrumentos públicos ó de haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales. Nada por consiguiente más apartado de la verdad que esa exigencia imperativa y absoluta; nada más incierto que ese apuro: el Código únicamente previene, que: *el Notario hará siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*: y esto, ni le coloca en apuro alguno, ni le irroga ningún perjuicio, como se supone por ciertos escritores, pues solamente preceptúa nuestro Código que el Notario consigne lo que á su juicio creyere comprender

respecto de la capacidad del testador, y claro está que el emitir conceptos ó hacerse constar por la persona que debe dar fé de cuanto observe, vea y entienda, no es más que el cumplimiento del deber, ni ha de perjudicarle en manera alguna el día que se demuestre la existencia de una incapacidad que el Notario no conocía. Es más, hoy el Código en esto, no hace más que señalar como precepto, lo que los Notarios todos hacían expontáneamente, cumpliendo su deber de conciencia, pues los Notarios celosos, y que no vean una obligación precisamente en la prescripción de un artículo materialmente escrito, sino en el concepto que forman de sus deberes por el contexto de toda la Ley, y por su espíritu, todos, repetimos, en la práctica consignaban y consignan, *que según aseguraban los otorgantes*, daban fé de que estos tenían capacidad legal para otorgar, y que nada en contrario constaba al autorizante: por consiguiente, hoy como entonces, el Notario, consigna lo que debe consignar á su juicio, sin asegurar nada en absoluto, ni corre ningún peligro por obrar con la buena fé que le es característica en general al Cuerpo del Notoriado Español.

Por lo demás, en cuanto á los dos primeros apartados del artículo que nos ocupa, no puede darse mayor precisión, más mesura, mejor método para asegurar la verdad de la última voluntad del testador, ni más sencillez en dar forma a un testamento público. El testador expresa su última voluntad ante el Notario y tres testigos; redacta el testamento con arreglo á esa última voluntad, expontánea, sincera, libre de toda coacción expresa el lugar, año, mes, día y hora en que se verifica su otorgamiento: todo esto se lee en alta é inteligible voz, para que manifieste si está conforme con su voluntad, si el autorizante ha sabido trasladar al papel la expresión cierta y solemne de su voluntad: si aparece conforme, firma aquel documento público, título ó escritura, con los testigos que sepan y puedan hacerlo, quedando realizado el acto terminado el testamento. ¿Hay cosa más sencilla, más solemne sin formularismos embarazosos, más ageno á toda duda y más verdad? Pues bién, este es el testamento abierto que nos impone nuestro Código Civil, tan combatido sistemáticamente por algunos y tan aceptable y digno de encomio por más de un concepto.

Que el testador no sabe ó no puede firmar; pues en ese caso firmará un testigo instrumental ú otra persona á su ruego, dando fé de todo el actuario; sucediendo lo mismo cuando alguno de los testigos no pueda firmar; si bien debería expresarse la causa que lo impida.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 565, y el de 1882 en su art. 691, proponían preceptos análogos.

Muchos son los Códigos extranjeros en los que encontramos concordancias con el artículo que de nuestro Código comentamos, exigiendo algunos al Notario de fé no sólo del conocimiento de la persona, sino de la capacidad del testador, que está en su cabal juicio y libre de toda coacción; tal vemos en los artículos 1912 al 1916 del Código de Portugal, 778 al 781 del Código Italiano, 972 al 974



del Código de Francia, 772 del Código de Guatemala, 972 al 974 del Código de Bélgica, 1014 al 1016 del de Chile, 1571 del de Luisiana, 756 al 758 del de Uruguay, 649 del de Vaud, 985 del de Holanda, 3657, 3658, 3661 y 3662 del de la República Argentina, 3068 al 3771 del de México, 3499 al 3502 del de la Baja California, 3768 al 3771 del de Campeche, el 882 del Código de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 696. Cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo á ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad.

Tan claro es esto, que casi no necesita comentario. El testamento abierto puede nacer de una manifestación verbal del testador ante el Notario y tres testigos, ó puede deber su origen á la expresión de la voluntad del testador expuesta por escrito para que el Notario le dé forma ó redacte el testamento con arreglo al pliego, nota ó minuta presentada por el testador, y leída en alta voz en presencia de los testigos, pueda manifestar el testador si su contenido es la expresión fiel de su deseo, de su volición. El primer caso está comprendido en el art. 695 de este Código; el segundo en el art. 696 del mismo que comentamos. De manera que no porque el testador haga manifestación por escrito de su última voluntad, dejará de ser testamento abierto, si asi lo desea el testador y se cumplen los requisitos del articulo que nos ocupa.

Variada algún tanto está la prescripción de que tratamos en esta segunda edición; pues la primera, desconociendo el carácter de los Notarios, mandaba que éstos copiasen la disposición testamentaria que presentase ya redactada; lo cual hizo que los Notarios se diesen por ofendidos por tal disposición, y se modificase en el sentido que se ha hecho, siendo hoy su redacción más técnica y razonable; pues ahora ya no se puede decir que el precepto que de nuestro Código comentamos contradice las prescripciones de los arts. 1.° y 3.° de la Instrucción sobre la manera de redactar instrumentos públicos, en cuyas prescripciones se previene cuanto prudencialmente puede salvar la responsabilidad del Notario, quien en manera alguna podía quedar sujeto á formular un testamento abierto en el modo y forma que la minuta expresase, pues si ésta adoleciese de algún vicio de nulidad que á la validez del título pudiera afectar, el Notario no está obligado á su ciego otorgamiento. Por esto repetimos que el art. 696 queda en esta segunda edición dentro de lo justo, guardando la debida atención profesional al Notario, sin privar por ello al particular de redactar la minuta de su testamento á cuya esencia, en lo compatible con las leyes, habrá de atender el Notario al darle forma, como antes hemos dicho, á aquella expresión de la volición última del testador para después de su muerte, al redactar el testamento abierto.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 693 proponía preceptos análogos, y tanto las teorías sentadas en este artículo como en el anterior, parece que se preveen en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras en la de 14 de Mayo de 1864.

La mayor parte de los Códigos extranjeros, sin dedicar preceptos exclusivamente al objeto, abundan en el sostenimiento de los principios sostenidos en el artículo que comentamos; pues el mismo art. 972 del Código Francés, perfectamente interpretado en la Sentencia que el Tribunal de Casación dictó en 19 de Marzo de 1861, no invalida el testamento abierto en virtud de minuta, como no lo invalida el art. 1017 del Código de Chile, el 972 del Código de Bélgica, ni mucho menos el art. 3656 del Código de la Baja California, que dice que el testador puede dictar el testamento al escribano, ó dárselo por escrito, etc., etc.; y la verdad del caso es que ningún hombre serio debe pararse en puerilidades de ese genero, pues que se dicte ó se dé minuta, no afecta á la sustanciabilidad del acto.

Art. 697. El que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y, si no sabe ó no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

Para evitar suplantaciones se dá el precepto que contiene este artículo, pues siendo imposible oir lo que se lee ha de ser fácil conformarse con la manifestación escrita de su última voluntad, que no se conoce desde el momento en que no puede oirse cuando se dá lectura del mismo; por ello es por lo que cuando el testador sea totalmente sordo se hace indispensable que en vez de oir la lectura que el Notario hace, lea por si mismo el testamento para cerciorarse de si su contenido es la verdad ó la expresión fiel de su voluntad, y como pudiera suceder que el enteramente sordo no supiera leer ni escribir, la ley en extremo previsora preceptúa que en tal caso sean dos personas las que, designadas al efecto, vengan á leer en su nombre el testamento en presencia de los testigos y ante Notario.

El Proyecto de Código de 1882 propuso, en su art. 694, preceptos análogos y varios Códigos extranjeros contienen prescripciones que concuerdan perfectamente con las del artículo que comentamos, viéndose entre ellas las de los arts. 1917 del Código de Portugal, 787 del Código de Italia, 759 y 760 del Código de Uruguay, 3772 del Código de Mexico, 3503 del Código de la Baja California, 3772 del de Campeche, y otros varios: debiendo hacer presente que mientras el art. 787 ya citado, de Italia, previene que cuando el que está privado por completo de oido quiera hacer testamento público deberá, además de observar las otras formalidades requeridas, leer por sí mismo el acta testamentaria, hacién-

dose de esto mención en la misma acta, y aun cuando no pudiere leer deberán intervenir cinco testigos si se otorgase el testamento ante un Notario, siendo suficientes tres testigos cuando se recibiese por dos Notarios; los Códigos de México, Baja California y Campeche, previenen sencillamente en sus artículos antes citados, que el testador que fuere enteramente sordo deberá dar lectura á su testamento, y si no supiere ó no pudiere leer, designará una persona que lo lea en su nombre.

De manera, que hoy se facilita la testamentifacción activa para que puedan ejercitarla hasta las personas que antes por sus condiciones especiales se veían privadas de testar, cual sucedía en Roma que, según el derecho antiguo, si bien Justiniano otorgó esa facultad de testar á los enteramente sordos, siempre que de alguna manera cierta é indubitada pudieran manifestar su voluntad verbalmente ó por escrito con autorización del Príncipe; de cuyas disposiciones romanas fueron tomados los preceptos que relativos al caso se encuentran en la Ley 13, tít. 1.°, Part. 6.ª, aunque sin la libertad, la sencillez y la concisión que se ostenta en el Código que comentamos.

Art. 698. Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme á lo prevenido en el art. 695, y otra en igual forma por uno de los testigos ú otra persona que el testador designe.

Este, como el anterior, precepto es que conduce á la seguridad de la fiel expresión del deseo del testador y á imposibilitar toda falsedad, comprendiéndose perfectamente que, aunque el testador sea ciego, si por dos veces se dá lectura de la redacción de su última voluntad, una por el Notario en la forma ordinaria que lo hace para todo testaménto abierto conforme á la prescripción del art. 695, y otra por uno de los testigos que de su confianza lleve el mismo testador ante el mismo Notario y los testigos instrumentales, ha de haber una garantía más de su autenticidad, y aun cuando fácil fuera dentro del terreno de la mala fé realizar una suposición de testamento de un ciego, suponiendo la intervención de Notario y testigos, dada la confianza de los que intervengan como tales testigos, podra tenerse como segura y cierta la última voluntad del testador. Por esto, temeroso el legislador de tales suplantaciones, la Ley 14, título 1.°, Part. 6.ª exigía para estos casos la intervención de Notario y siete testigos, ó de ocho testigos cuando no pudiera concurrir el Notario, como lo habían exigido las Leyes Romanas; debiendo ser siempre nuncupativo el testamento del ciego. (Ley 8.ª, tít. 2.°, lib. 6.° Cód.; párrafo 4.°, tít. 3.°, lib. 2 Inst.) pero más tarde redujo la ley 3.ª de Toro á cinco el número de testigos que habían de intervenir en el testamento del ciego, y tales preceptos llevados á la Ley 2.ª, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Recop. fueron los que vigentes teníamos has-

ta la publicación de este Código; siendo hoy sustituidos aquellos requisitos de seguridad por la doble lectura del testamento.

Sin embargo, el testamento del ciego tal cual viene á constituirse por este Código, es de seguro obligatorio para todas las regiones no aforadas, pero hemos de encontrarnos con la duda de si lo es ó no para las provincias en que se conservan los fueros, y muy especialmente en Cataluña, en que, siguiendo las prescripciones romanas, no se verificaba el testamento del ciego como en el resto de la Nación, ante Notario y cinco testigos. como ordena la Novísima Recopilación, sino que se otorgaba ante Notario y siete testigos, lo cual vino admitiéndose en varias sentencias del Tribunal Supremo, muy especialmente en la de 21 de Mayo de 1845. Si el asunto se mira bajo el punto de vista de que el Código Civil obliga en este país como supletorio de sus derechos supletorios, es evidente que en Cataluña subsistirá el testamento del ciego con arreglo al ritualismo Romano, pero si la duda se resuelve bajo el criterio de que este precepto es puramente formulario, procesal ó de trámite, dándole un carácter adjetivo, tiene que decidirse en sentido de que bastan las prescripciones del Código en este punto, para que el testamento del ciego sea válido en Cataluña, y como esto facilita la testamentifacción y beneficia á los otorgantes y á todos los interesados, nos inclinamos á creer que, hoy por hoy, los países aforados deben adoptar lo que más les beneficie, prescindiendo de sus privilegios, que dejan de serlo desde el momento en que tienen una ley general más favorable.

Concuerda el artículo que comentamos en parte con lo que proponía el Proyecto de Código Civil de 1882, en su art. 695, y con las prescripciones de varios Códigos extranjeros, entre otros el art. 760 del Código de Uruguay, el 1019 del Código de Chile, teniendo alguna relación el art. 944 del Código de Veracruz-Llave que por prevenir que el ciego y el que por cualquier otra razón no sabe ó no puede leer, no puede otorgar testamento cerrado, dá á entender que puede otorgarlo abierto con los requisitos que para éste se exigen. Concordancia existe asi mismo con nuestro artículo en el 3652 del Código de la República Argentina, en su relación con el 3654 del mismo, que preceptúan el primero, que el ciego puede testar por acto público, y el segundo, que el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar.

Art. 699. Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso.

Previene y con razón el precepto de este articulo que las formalidades exigidas en esta sección para el otorgamiento del testamento, se practiquen en un sólo acto; lo cual se mira de mala manera por algunos publicistas que ya preconizan lo antiguo, ya encomian lo moderno caprichosamente, sin fijarse en fundamentos sólidos y sin atender á las consecuencias de la manera de realizar la testamentifacción. Personas que se quejan amargamente de que la definición que dá el Código del testamento, contraria en alto grado la solemnidad que el acto debe revestir, quéjanse también con análogas exclamaciones de que se trate de imponer unidad en un acto tan solemne; y á nosotros nos sorprende esto de tal manera, que casi nos induce á preguntar *¿cur tan variae?*

Si el testamento debe ser un acto solemne de importancia trascendentalisima, puesto que regula la disposición de los bienes para después de la muerte, que tiene de extraño que se exija unidad de acto, toda vez que esa unidad implica mayor formalidad; pues qué, ¿merece menos el testamento que una escritura de compraventa ó aquella en que se consigne la estipulación de cualquier contrato? y allí, ¿no se vé esa unidad, no se exige y se requiere la unidad de acto? Es evidente que la unidad de acto dá un elemento de garantia á la veracidad del testamento; que el testador que se presenta ante el Notario público, ó que por razón de su enfermedad lo llama á su domicilio, ha debido consultar antecedentes, asesorarse de las personas que creyere competentes, si de asesor necesitase, y meditar con detención acerca de sus disposiciones antes de formalizar la consignación de su última voluntad, porque el que va á ejercer una facultad como la de testar, y á efectuar un acto tan trascendental, no ha de hacerlo sin la preparación conveniente y sin la decisión necesaria para que la formalidad impere en el acto. Así es que aún en la persona más turnadiza, comprendemos perfectamente que se admitan preparaciones, que se admitan los consejos y la meditación á que algunos se refieren, y que en esta preparación intervenga oficiosamente ó de un modo amigable el mismo Notario; pero en cuanto llega el acto de formalizar el testamento, en cuanto la última disposición se expresa solemnemente y se traduce en un titulo de derecho, entonces es preciso la mayor formalidad, y para esto la unidad se impone, si bien salvando todo accidente pasagero é imprevisto, y sin que esta unidad signifique aquí en nuestro derecho lo que significaba en el derecho romano.

No es la unidad de acto que ahora se exige la que en Roma se exigia, por que teniendo un carácter público aquel testamento, se equiparase á las deliberaciones de los comicios, que tampoco podrian suspenderse; ni por seguir el procedimiento del testamento per *aes et libram*, sino que teniendo la importancia que en si tiene la unidad del acto le dá más solemnidad, más fuerza, más formalidad, más vigor, más seriedad; y esta misma idea que guió á Justiniano á conservar la unidad del acto de testar, es indudablemente la misma que ha inspirado ahora al legislador el precepto que de nuestro Código comentamos:

para fijar con certeza la voluntad del testador, para evitar confusiones, conviene la unidad del acto; y dígase lo que se quiera en contrario, un testamento hecho á retazos, hecho en diferentes actos y en distintas épocas, ni podría tener la formalidad debida, ni podría dar garantía alguna de su autenticidad, ni podría dar resultado alguno. Somos en esto rigoristas; para nosotros ni el testamento puede hacerse con informalidad, ni el testamento comenzado en una forma puede continuarse en otra. Hoy no existe, ni existir debe más que una forma legal de testamento abierto, y á ella debemos atenernos, con tanta más razón cuanto que el día que á uno le parezca mal el testamento puede derogarlo con otro, ya sea cerrado, ya ológrafo, ya abierto. Es más, la unidad del acto se deduce de las prescripciones de una ley procesal, de las formalidades de una ley adjetiva, pues lo prevenido en el núm. 2.º del art. 1953 de la ley de Enjuiciamiento Civil, al determinar como se eleva á escritura un testamento, no otra cosa significa.

Respecto del conocimiento á que se refiere el apartado último del artículo que nos ocupa, ya digimos antes lo que en nuestro concepto debía entenderse, y creemos que es indispensable que el autorizante conozca al testador y los testigos, y dé fé de ello, pues de no tener conocimiento de quien otorga ante él, de quien pueda ayudarle á justificar el acta y de no consignarlo así en el título, daríase lugar á falsedades mil.

El Proyecto de Código Civil en su art. 696, proponía preceptos análogos á los del artículo que de nuestro Código nos ocupa; y concordancias encontramos en varios Códigos extranjeros, entre otros el de Guatemala en su art. 772; el de Portugal en su art. 1918; el de México en su art. 3773; el de la Baja California en su art. 3504; el de Campeche en su art. 3773 y otros.

Art. 700. Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.

La urgencia del caso hace que se dén excepciones á las reglas generales sentadas, y aun cuando creemos que no debe darse demasiada laxitud á este precepto, no podemos negar que es una de las excepciones más razonables y más justas que pueden sentarse, hija quizá de un absurdo, pero hija también de la necesidad, por efecto de no desaparecer la torpe idea que en general se tiene de que ha de esperarse para expresar la última voluntad á las postrimerías de la vida, cuando realmente es un acto que debería realizarse en los días de más salud, de más calma, y de más despejo de las facultades mentales; despejo y serenidad de ánimo que no es tan fácil encontrar en el moribundo cuando va á abandonar la vida terrena.

En cuanto á que cinco testigos suplan para estos casos los que en periodo

normal deben intervenir en todo testamento abierto, es también un peligro que se corre relativamente á la autenticidad de la última voluntad del testador, pues si bien no es fácil adunar la voluntad de cinco personas para simular un acto como el del testamento, tampoco es tan difícil encontrar un interesado que influyendo notablemente sobre la voluntad y la conciencia de esos sugetos, les haga expresar lo que realmente no se realizó; y si de veras somos refractarios al testamento sacramental, por la exposición de incurrir en falsedades, no lo somos menos del testamento especial á que se refiere el art. 700 que comentamos, por el cual sólo cuando los testigos tengan un carácter especialísimo, una reconocida probidad y una veracidad nunca desmentida en sus aseveraciones, podrá tenerse como bueno tal testamento, para lo cual el Juez competente ha de tener sumo tino, pues depende de su buen juicio y recto criterio el elevar á verdad legal lo que más en conformidad esté con la verdad real de las manifestaciones que hubiere hecho el testador.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 572 prevenía que en caso de inminente peligro de muerte próxima y en defecto de Escribano pudiera hacerse ante tres testigos el testamento, ó caso de necesidad ante dos testigos y un Escribano; mientras el art. 697 del Proyecto de 1882 proponía que el testamento se pudiera otorgar en tal caso ante el Juez Municipal ó el Cura Párroco y tres testigos, ó ante cinco testigos sin aquellos funcionarios, siempre que el testador se hallare en despoblado ó no existiere Notario en la localidad. Más conformes estamos con lo propuesto en el Proyecto de 1882 que con lo que se prescribe en el artículo que comentamos, porque ya que fatalmente se sostenga la manía del horror á los testamentos y sólo se piense en ellos por algunos en los supremos momentos anteriores á la muerte, creemos que la intervención de una autoridad desinteresada sea la del Juez Municipal, la del Alcalde ó la del Párroco, es una garantía de autenticidad más firme que la de cinco testigos, por más que entre éstos pueda haberlos extremadamente honrados: pero de todos modos creemos que esto ha de tener lugar solamente en casos extremos, cuando desgraciadamente tuviere lugar la defunción inmediata de la persona que en aquella manera se había visto precisado á testar y marchando con gran parsimonia para la elevación á escritura pública de tales testamentos, á fin de evitar los grandes abusos á que pudiera dar lugar la facilidad en dar carácter legal á actos de esta naturaleza.

Varios Códigos extranjeros ocúpanse del caso, y el Código de Campeche como el de la Baja California y el de México, al tratar del testamento privado, después de manifestar que este testamento es permitido en los casos en que el testador esté atacado de una enfermedad violenta que amenace su vida de un modo inminente; que se otorgue el testamento en una población incomunicada por razón de epidemia, aunque el testador no se hallare atacado de ésta; que se otorgue en una plaza sitiada ó en un lugar que no haya Notario

el Juez que actúe por receptoría, vienen los arts. 3805 de los Códigos de Campeche y de México (pues es igual su articulado), y el 3536 del Código de la Baja California, vienen, repetimos, preceptuando que el testador que se encuentre en el caso de hacer testamento privado, declarará á presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito; y después el artículo siguiente en ambos Códigos previene que en casos de suma urgencia, cuando ninguno de los testigos sepa escribir, no será necesario redactar por escrito el testamento, conviniendo después en el otro artículo subsiguiente que en caso de suma urgencia bastarán tres testigos; lo cual, para nosotros, suponiendo buena fe en todos, sería un adelanto extraordinario, pero dada la mala fe que en el mundo domina, encontramos sumamente peligroso el facilitar de tal manera lo que tan expuesto á falsedades es.

El Código de Uruguay, en su art. 778, parece calcado en los mismos principios, pues permite testar ante tres testigos en el caso á que nos referimos, siempre que no haya Escribano en la localidad, y á condición de que cuando menos dos de esos testigos autoricen dicho testamento que ha de escribirse por alguno de ellos.

El Código de Chile, en su art. 1035, y sus concordantes permite el testamento nuncupativo ante tres testigos siempre que tan inminente aparezca el peligro de muerte que se deduzca que no va á haber tiempo para otorgar el testamento con las solemnidades comunes.

El Código de Veracruz-Llave, en su art. 823, previene que el que se hallare en peligro inminente por efecto de un ataque ó accidente repentino que haga temer la muerte sin testamento, podrá otorgarlo ante tres testigos domiciliados en el lugar, ó ante dos con Escribano; y que el mismo derecho tiene el testador que se encuentre en una población incomunicada por razón de epidemia, estado de sitio ó alguna otra calamidad semejante; más estas disposiciones, como otras muchas que pudiéramos citar de varios Códigos modernos, han de apreciarse en nuestro concepto como disposiciones especiales para testamentos también especialísimos, cualquiera que sea el nombre que se les quiera dar, y que sólo pueden prevalecer mientras dura ese accidente ú ese peligro de muerte que lo produjo, pero que salvado éste deben también desaparecer sus efectos.

Art. 701. En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres.

Corrobora el precepto de este artículo lo que expuesto dejamos al comentar el anterior, que hay períodos anormales, que hay situaciones difíciles porque el hombre pasa fuera de la normalidad de la vida, y que para esos casos

hay que preveer fórmulas especiales de testar, á fin de que nadie fallezca intestado, y nuestro Código, en el art. 701 que comentamos, lleva en el caso de epidemia la exageración hasta el extremo de consentir el otorgamiento de testamento sin intervención de Notario, y simplemente ante tres testigos que no tienen las condiciones que, en general, la ley exige para serlo, pues en lugar de exigirse como generalmente se exige la mayor edad para poder testificar en testamentos, y el pertenecer al sexo masculino, se concede en el caso de autos por excepción la capacidad para ser testigo á los varones y las hembras que sean mayores de diez y seis años y se conceptúa como valedero el testamento otorgado únicamente ante tres testigos de tales condiciones.

No hemos de repetir aqui las consideraciones hechas al comentar los articulos anteriores, pues si bien se merecen toda clase de consuelos y atenciones los que sometidos están á la maligna influencia de una epidemia, y en casos tan extraordinarios también á medidas heroicas y extraordinarias debe acudirse, hay que tener gran cuidado respecto de los efectos ulteriores de tales disposiciones.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 698 proponia preceptos análogos al del articulo que nos ocupa, si bien debe tenerse en cuenta que no se autorizaba el testamento ante tres testigos, sino en el caso de no haber Notario en el pueblo, y de no poder sustituirle el Juez Municipal ó el Cura Párroco, y sólo en su defecto se otorgaba ante tres testigos; lo cual, como hemos manifestado antes, parecía más conforme para autorizar el acto, sustituyéndose de este modo la presencia del Notario.

Los Códigos americanos son los que con más extensión se ocupan del asunto; y aunque el Código de Italia en su art. 789, preceptúa bajo el epigrafe de testamentos especiales, que en los sitios en que haya epidemia ú otra enfermedad reputada como contagiosa, es válido el testamento que se otorga por escrito ante el Notario, el Juez ó el Sindico, ó quien haga sus veces, ó ante el Ministro del culto en presencia de dos testigos, pocos Códigos europeos hay que se ocupen de esta materia con la precisión y proporciones que lo hace dicho Código. Este testamento, según él, será siempre firmado por el que dé fe del otorgamiento, y permitiéndolo las circunstancias, por el testador y los testigos; por más que sea válido sin estas últimas firmas, cuando se mencione la causa porque no se ha cumplido tal formalidad; y en dichos testamentos podrán ser testigos personas de uno y otro sexo mayores de diez y seis años.

También encontramos concordancias en el art. 773 del Código de Uruguay que ordena la presencia del Escribano y dos testigos; en el art. 786 del Código de Guatemala que autoriza tal testamento ante el Juez Municipal y dos testigos; en los arts. 1031 y 1034 del Código de Chile, en los arts. 3804 al 3808 del Código de México, 3535 al 3539 del Código de la Baja California, 3804 al 3808 del Código de Campeche, de los cuales ya nos hemos ocupado anteriormente; el 893 del

Código de Veracruz-Llave, también citado ya; y los arts. 985 y 986 del Código de Francia, en los que se faculta para hacer testamento ante el Juez de paz ó ante uno de los oficiales municipales del Ayuntamiento en presencia de dos testigos; cuyos preceptos se reproducen en los mismos artículos del Código de Bélgica.

Mas no es esto sólo lo que sobre testamentos en caso de epidemia puede recordarse; la Ley 8, tít. 23, lib. 6.° Cód. dispensó en Roma para el tiempo de peste el requisito de la unidad del acto, pudiendo llenarse todas las formalidades en horas y en dias diferentes con relación á cada testigo; y en nuestro derecho patrio encontramos una disposición reciente que digna es de tenerse en consideración, pues en el art. 6.° de la Real orden de 21 de Agosto de 1885 se previene que en casos de epidemia colérica, á falta de Notario público, ó no acudiendo éste con la puntualidad necesaria al llamamiento del testador, el Secretario del Juzgado de primera instancia, ó del municipal en su defecto deberá suscribir la cédula testamentaria; y en el art. 70 de la misma Real orden, se prescribe que tanto el Notario como el Secretario judicial, serán testigos de estos testamentos cuando fuese necesario para completar el número de los con signados por la ley.

Art. 702. En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

Para dar mayor garantía de autenticidad al acto, se ha consignado el precepto de este artículo ordenando se escriba el testamento siempre que sea posible, y aun cuando no lo fuese, porque los testigos no supieren leer y escribir, será valedero el testamento en la forma y ante los testigos indicados en los artículos anteriores. Ahora bien, si no se escribiese, sabiendo algún testigo escribir, sería más dudosa su autenticidad.

Enemigos de los privilegios al capricho debidos, trataríamos de impulsar la emulación á cuanto tendiese á instruir las personas más abandonadas, otorgando, á los que supiesen leer y escribir, derechos que negaríamos á los que careciesen de toda instrucción, porque ésta depende muchas veces de la voluntad y abandono del hombre; y así como negaríamos el derecho electoral á todo aquel que por sí no pudiera escribir la emisión de su voluntad, le negaríamos condiciones para intervenir en los testamentos á que se refiere el art. 702 de este Código; pues sobre ser este un medio de castigar así la incuria, se cercenaría de este modo esa demasiada facilidad que se concede para testar sin las formalidades del art. 694 señaladas para el testamento abierto, que es el que más garantías de autenticidad presenta, el más formal, el más correcto, y hácia el que deben dirigirse los ánimos de los hombres sérios, que ostenten la debida

formalidad en sus actos, teniendo preparada en buena salud la dirección de sus asuntos y la distribución de sus bienes para después de su muerte. Todo lo demás es vivir al azar, mostrar miedo á la última voluntad y carecer de precisión.

El Proyecto de 1882, en su art. 699, propuso preceptos análogos; y concordancias vemos tanto en el art. 789 del Código de Italia, como en los arts. 1034 del Código de Chile, 786 del de Guatemala, 773 del de Uruguay, 3806 del de Méco, 3537 de la Baja California, 3806 del de Campeche, y otros varios códigos: debiendo hacerse presente que, según ya anteriormente indicamos, el Código Italiano exige que siempre sea firmado el testamento por el que dá fé de su otorgamiento, y permitiéndolo las circunstancias por el testador y los testigos, sin que sea precisa para su validez, en casos de urgencia, mas que la firma del autorizante; bastando en Chile que se advere judicialmente y se eleve á escritura pública el testamento aunque se otorgare verbalmente y nada se escriba; siendo indispensable en Uruguay que lo firmen cuando menos dos testigos de los tres ante quienes debe otorgarse sin Notario, caso de urgencia; debiendo autorizarlo en Guatemala el Juez Municipal á presencia de dos testigos, dispensando que se escriba cuando ninguno de los testigos sepa escribir, en los casos de urgencia, según los preceptos citados de los Codigos de México, Campeche y Baja California, y concediendo todos las mayores facilidades para esos testamentos especiales.

Art. 703. El testamento otorgado con arreglo á las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, ó cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento, si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve á escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.

Preceptos son tan previsores los que contiene este artículo, que vienen á fijar el testamento especial bajo dos puntos de vista que no podemos olvidar: el testamento otorgado con facilidad tanta y de modo tan especial, sino cuando la necesidad del peligro ó la anormalidad de las circunstancias lo impuso, sólo tiene eficacia cuando el testador fallece por efecto de aquella causa extraordinaria que motivó su otorgamiento en aquella extraordinaria forma; mas si cesara el peligro de muerte ó la epidemia que al mismo dió lugar, transcurridos dos meses desde que desaparecieron sus causas, cesarán sus efectos. Esto bajo el punto de vista de no haber fallecido el testador.

Pero hay que mirar el asunto bajo otro concepto, y es el de que haya tenido lugar la muerte del testador. De esto se ocupa el segnndo apartado del artículo que comentamos, sin acudir al Tribunal competente para elevar á escritura pública dicho testamento, perderá su fuerza y vigor, ya se hubiera expresado su última voluntad de palabra ó por escrito. Y esto se comprende perfectamente, pues de no hacerse así, se le daría un carácter de perpetuidad á lo que sólo se hizo como supletorio, por salvar la anormalidad que de momento pudiera colocar en grave apuro al testador, pero no para que sirviera de pauta de sus acciones, entrando ya en el período de la normalidad; pues desde entonces la regla general debe imperar, y en manera alguna pueden prevalecer las consecuencias de un privilegio poco envidiable, puesto que sólo reconoce por causa el peligro.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 573 y el Proyecto de 1882 en su artículo 700, proponían preceptos análogos; y se encuentran concordancias en el art. 987 del Código Francés, en el art. 790 del Código de Italia, en el art. 987 del Código de Bélgica, si bien de estos tres Códigos dos se ocupan tan sólo de la nulidad de los testamentos en los seis meses posteriores al restablecimiento de la normalidad que motivó aquella manera especial de testar; mientras que el de Italia, (ocupándose también de cuando muere el testador por efecto de aquel peligro que le obligó á testar, en cuyo caso debe presentarse tan pronto como sea posible el testamento en la oficina del Registro del lugar en que se ha otorgado), prefija también el término de seis meses desde que cesó la epidemia ó el peligro para que el testamento quede nulo ó sin validez: observándose prescripciones análogas en los arts. 3809 al 3811 del Código de Campeche, 3540 al 3542 del Código de la Baja California, 3809 al 3811 del Código de México; en cuyos tres Códigos se fija el término de un mes desde que cese el peligro para que desaparezca la eficacia del testamento en aquel modo otorgado, si no hubiere fallecido el testador; y se ordena la reducción á escritura pública que deberá solicitarse por los interesados inmediatamente después que supieren la muerte del testador y la forma de su testamento.

También el Código de Veracruz Llave en su art. 894 establece que el testamento otorgado con arreglo á lo dispuesto en el artículo anterior (893 que se refiere al otorgado con motivo de un peligro inminente, ó en población incomunicada por epidemia, inundación, estado de sitio ó alguna otra calamidad semejante), quedará ineficáz pasados tres meses desde que el testador hubiere salido del peligro de muerte, ó se hubiere abierto la comunicación ó pasado á otro lugar comunicado.

Art. 704. Los testamentos otorgados sin la autorización del Notario, serán ineficaces si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Conforme de toda conformidad estamos con el precepto de este articulo, pues de su lectura se deduce lógicamente pensando, lo que anteriormente indicamos respecto de la norma de todos los testamentos, que es indudablemente el testamento abierto; á cuyo otorgamiento hemos dicho debia inclinarse el ánimo de toda persona séria que con la mayor formalidad quisiera disponer de sus bienes para despues de su muerte; pues efectivamente, cualquiera que detenidamente pensase acerca de las ventajas é inconvenientes del testamento abierto, ha de comprender que son mayores las ventajas de tal manera de testar, que las de cualquier otra forma de disponer, no sólo por las garantías de autenticidad que en él se demuestran, sino porque, si de conformidad con lo prevenido en el art. 704, los testamentos otorgados sin autorización del Notario, han de conceptuarse ineficaces mientras no se eleven á escritura pública, y se protocolicen en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento Civil, es indudable que sale más barato el testamento abierto, hecho desde luego en la forma prevenida en el art. 694 de este mismo Código, que emplear otro cualquiera de los medios que se consignan en la misma sección, puesto que estos son supletorios y nunca han de tener fuerza mientras no se eleven á escritura pública.

Por esto insistimos una vez más en recomendar que se eche fuera de sí toda aprensión, y con la tranquilidad de espíritu y buen juicio que pueden realizarse los actos humanos cuando se efectúan en plena salud, se otorgue el testamento con las formalidades generales de la ley que este mismo Código preceptúa en el art. 694 tantas veces repetido, pues es el modo más correcto, menos expuesto á sofistificaciones y más barato de disponer de los bienes para después de la muerte.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 573, y el Proyecto de 1882, en su art. 700, proponian preceptos análogos, si bien con alguna diferencia respecto de los plazos, pues según el primer Proyecto, éste era de dos meses después de la muerte del testador, y de seis meses según el Proyecto de 1882.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil en los arts. 1943 al 1955, dijimos ya en más de una ocasión, que se ocupa del modo de elevar á escritura pública el testamento ó codicilo hecho de palabra, y por consiguiente á dicho Tit. 6.° del libro 3.° de la expresada ley procesal, se refiere el art. 704 de este Código que comentamos; más no son solas estas disposiciones las á que debe atenerse en el caso que nos ocupa, sino que deben también tenerse presentes las reglas comprendidas en el art. 63, regla 22 de la misma Ley de Enjuiciamiento, en la regla 15, del art. 309 de la Ley Orgánica del Poder judicial, y el art. 176 del reglamento sobre la protocolización.

Concuerda el articulo que comentamos con el art. 987 del Código de Francia, con el 790 del Código de Italia, el 987 del Código Belga, los arts. 787 y 793 del Código de Guatemala, 3689 y 3690 del Código de la República Argentina y otros varios.

Art. 705. Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuícios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, ó de su negligencia ó ignorancia inexcusables.

Ha sido el legislador en extremo justo; si la nulidad del testamento abierto procede de malicia, negligencia ó ignorancia inescusable, es evidente que el Notario autorizante debe ser el verdadero y único responsable, porque á él se debia la declaración de nulidad; y por lo mismo que al comentar el art. 696 de este mismo Código, hemos dicho que en esta segunda edición se modificó de un modo justo, lo que en la primera edición se expresaba acerca de las copias que el Notario debia hacer, atemperándose á minuta presentada por el testador y sin criterio propio; por esa misma razón que defendimos que al Notario debía dejársele en libertad de redactar el testamento público abierto, dándole forma con arreglo á las prescripciones legales; por esto mismo debemos sostener hoy, que al Notario público deben guardarsele muchas consideraciones, dársele mucha libertad para que gire dentro de su órbita con arreglo á las leyes; pero que el dia que falte á éstas, debe exigirsele, como á todo funcionario, grandes responsabilidades; y á llenar estos principios viene el art. 705 que de nuestro Código comentamos.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 702, propuso preceptos análogos, encontrándose concordancias en varios Códigos extranjeros, muy especialmente en el de Portugal y en los de México, Baja California y Campeche, viéndose en estos tres últimos Códigos que en sus arts. 3774, 3505 y 3774 respectivamente, se previene que faltando alguna de las formalidades prefijadas para el testamento abierto, quedará éste sin efecto y el Notario será responsable de los daños y perjuicios, é incurrirá además en la pena de perdida de oficio; mientras que el Código de Veracruz-Llave en art. 896, se limita á declarar la nulidad del testamento en que no se hayan observado las formalidades prescritas por el mismo.

En esta segunda edición se ha adicionado el precepto de este artículo con las frases que complementan el concepto, bajo el cual debe únicamente exigirse la responsabilidad á que se refiere este precepto; pues si los defectos ó faltas no procedieren de malicia, negligencia ó ignorancia inexcusables, no habría verdadera responsabilidad; y estas son precisamente las frases adicionadas en la edición vigente que comentamos *Si la falta procediere de su malicia, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables.*

Hay más; la Ley Hipotecaria en su art. 22, hace también responsable al Notario de los defectos por él cometidos en la redacción de una escritura, é igual responsabilidad le exige el art. 9 de la Instrucción para redactar instrumentos



públicos sujetos á Registro; y en relación perfecta encontramos el artículo que ahora nos ocupa con el 716 de este mismo Código en cuanto á la unidad del título se refiere.

SECCIÓN SEXTA

DEL TESTAMENTO CERRADO

Art. 706. El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, ó por otra persona á su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.

Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones.

Si lo escribiere otra persona á su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pié del testamento.

Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

Relación guarda el precepto de este artículo con el art. 680 de este mismo Código en el que se define el testamento cerrado, testamento del cual ya se trató en la Ley 1.ª, tít. 1.º, Part. 6.ª. Prefíjase en este art. 706 la manera de efectuarse el testamento cerrado; y sorpréndenos, que rechazándose como se rechaza en este Código la idea de que el testamento deje de ser hecho por la propia persona cuya última voluntad se consigna, venga aquí á determinarse que el testamento cerrado podrá ser escrito por el testador ó por otra persona á su ruego, pues esto parece que pugna con el precepto del art. 670 de este mismo Código, en el que se determina que el testamento es un acto personalísimo que no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario, puede.

Pues bien, desde el momento en que el testamento cerrado se hace por medio de otra persona á ruego del testador, vemos ya la idea de mandato dentro de esta prescripción, y por más que se diga que no es para que haga el testamento lo que se llama una tercera persona, sino para que lo escriba, en lo cual estamos perfectamente conformes, no cabe duda que dejarán de existir los mismos fundamentos de autenticidad en un testamento cerrado hecho por el mismo testador, y otro testamento también cerrado escrito por otra persona, aunque se consigne la frase de que se ha hecho á ruego del propio testador.

Por lo demás, en cuanto á que este testamento se escriba en papel común, con expresión del lugar, dia mes y año en que se escribe, estamos perfectamente de acuerdo con lo que nuestro Código prescribe; como no podemos menos de estarlo con lo que se preceptúa en los tres últimos apartados de dicho artículo, toda vez que todas sus prescripciones tienden á dar garantías de autenticidad al testamento, viéndose en ellos una proporcionabilidad entre esa misma garantía y la forma en que viene escrito el testamento; por esto en el apartado 2.° del artículo que comentamos, se dice que si el testamento lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas, y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones, mientras que en el apartado 3.° de dicho artículo, ya se exije algo más que la rúbrica del testador, cuando es otra persona la que á su ruego ha escrito el testamento, pues entonces ya no es sólo la rúbrica lo que ha de consignarse en todas las hojas del documento, sino que ha de estamparse la firma entera del testador en todas las hojas del testamento y al pie del mismo: lo cual indica bien claramente que al mismo legislador le sugiere una mayor duda, una mayor desconfianza el testamento que aparece escrito por una tercera persona, que el que escrito está por el mismo testador. Pero á pesar de esto, se vé en el cuarto y último párrafo del artículo que comentamos un precepto que pugna también con la desconfianza marcada anteriormente, y es que después de exigir tantas precauciones para evitar una suplantación, se preceptúe que cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, lo haga á su ruego, y rubrique las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad. Esto lo encontramos antagónico á los buenos principios de derecho y contrario á lo antes determinado; pues si para evitar suplantaciones cuando no es el mismo testador quien escribe el testamento, se le exige que ponga su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento, no comprendemos que cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, la ley deje de tener las mismas exigencias que con éste, con el que escriba ó con el que en su lugar y á su ruego rubrique las hojas; pues era natural que así como al testador se le exige que cuando no sea él el que escribe el testamento cerrado, estampe su firma entera en todas las hojas del testamento, y al pie de ese mismo testamento, cuando llegáramos al caso cuarto del artículo que nos ocupa, se exigiera la firma entera en todas las hojas del testamento á la persona que obra á ruego del testador, porque, de lo contrario, resultaría con más facultades el mandatario que el mandante.

De todos modos el testamento cerrado, que con gran recelo debe mirarse siempre, tiene que dar en nuestro concepto lugar á numerosos pleitos y facilitar la comisión de falsedades mil, mucho más, cuando no está escrito por el mismo testador; y no pudiendo la Ley descansar en testimonios tan inseguros como los que han de ofrecerse ante el otorgamiento de testamentos cerrados



en la forma prevenida por este articulo, conceptuamos que lejos de seguir las inspiraciones del Código de las Partidas debiéramos habernos inspirado en los preceptos de la Ley de Toro y de la Novisima Recopilación, exigiendo para hacer testamento cerrado saber leer y escribir cuando menos; y no sólo hubiéramos llevado á ese extremo las cosas, sino que hubiésemos tenido en cuenta el grado de instrucción del otorgante con relación á los términos en que estuviere concebido el testamento, pues de lo contrario cabe perfectamente el fraude; y si se combate por esto el testamento ológrafo, si se supone que éste puede dar origen á suplantaciones y falsificaciones varias, dada la facilidad caligráfica con que hoy todo se imita, racionalmente debe suponerse una mayor facilidad de suplantación en el testamento cerrado, donde ya no necesita el criminal imitar todo un escrito, sino que le basta la imitación de una simple rúbrica de una persona extraña que se suponga intervenida en el acto á nombre ó á ruego del testador, por no saber ó por no poder hacerlo éste.

Y no se diga de contrario que el testamento cerrado ofrece la garantia de personarse el testador ante el Notario y testigos al objeto de hacer la manifestación de que en un escrito cerrado se contiene su última disposición; porque si bien es cierto que tal paso conduce á legalizar la situación del testador y á asegurar que éste dispuso de sus bienes para después de su muerte, no se salva con esto la falsedad que en el pliego presentado se hubiere cometido.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 569, y el Proyecto de 1882 en su articulo 704 proponia preceptos análogos; y aunque en esta segunda edición de nuestro Código se hayan eliminado dos palabras que innecesariamente se habian consignado al terminar el párrafo segundo de este art. 706, ó sea la frase *que contenga*, refiriéndose á las enmiendas, tachados ó entrerenglonados de la escritura, título ó testamento, claro es, que como si no las tuviera no habría necesidad de salvarlas, de aqui que fuese innecesaria la consignación de aquella frase hoy suprimida en el Código que comentamos.

Concordancias encontramos entre el articulo que nos ocupa y los arts. 976 del Código de Francia, en el que se preceptúa que si el testador quiere hacer testamento secreto, deberá firmar sus disposiciones, bien las escriba ó las dicte cerrándo y sellándose el papel, cubierta, ó sobre, que contenga la última disposición; con la cual se presentará al Notario ante seis testigos por lo menos, y lo hará cerrar y sellar en su presencia; declarará que el contenido del pliego es su testamento escrito y firmado por él, ó escrito por otro y firmado de su puño y letra; levantando el Notario acta que se escribirá en el papel ó sobre que le sirva de cubierta, la cual será firmada por el testador, el Notario y los testigos: todo lo cual se verificará sin interrupción por otros actos extraños; y en el caso de que el testador, después de firmar el testamento, no pudiera firmar el acta referida por un accidente que sobreviniera de momento, se mencionará la declaración que haga, sin que en este caso haya necesidad de

testigos. Y este precepto que está en relación perfecta con los arts. 977, 978, 1001 y 1008 de dicho Código Francés, se ha visto sostenido por varias sentencias del Tribunal de Casación, entre otras la de 2 de Abril de 1856.

Análogos preceptos se vén en los arts· 784 y 785 del Código de Italia, previniendo este último, que el que no sepa ó no pueda leer, no podrá hacer testamento secreto, mientras que el art. 784 antes citado, previene que: *El testador que sepa leer pero no escribir, ó que no haya podido poner su firma cuando mandó escribir sus disposiciones testamentarias, deberá también declarar haberlas leido y añadir la causa que le haya impedido suscribirlas, de lo cual se hará mención en el acta de entrega.*

Iguales preceptos que el Código Francés se leen en el art. 976 del Código de Bélgica, en el art. 987 del Código de Holanda, si bien en este sólo se exige la presencia de cuatro testigos, y en los arts. 970, 1923 y 1942 del Código de Portugal, en el que se preceptúa que los que no saben ó no pueden leer están incapacitados para hacer testamento cerrado, exigiendo la presencia de cinco testigos además del Escribano.

El Código de Chile, en sus arts. 1022 y 1023, y el Código de Uruguay, en sus arts. 762 y 764, ordenan que el testador ó la persona que á ruego de éste escribiera el testamento, rubriquen las hojas y suscriban el acta de presentación del pliego ante cinco testigos y escribano.

El Código de Guatemala, en su art. 779, preceptúa que los que no saben leer carecen de capacidad para hacer testamento cerrado, y exige la presencia de siete testigos, de los cuales firmarán cuando menos cinco el acta cuando se entregare el pliego al Notario público.

El art. 3784 del Código de México, previene de un modo bien claro y conciso que los que no saben ó no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado, si bien el art. 3775 previene que *el testamento cerrado puede ser escrito por el testador ó por otra persona á su ruego, y en papel común,* lo cual es enteramente idéntico á la primera parte del primer apartado del artículo 706 que de nuestro Código nos ocupa; el art. 3776 del mismo Código Mexicano previene que el testador debe rubricar todas las hojas y firmar al cabo del testamento; pero si no supiere ó no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona á su ruego; de lo cual parece tomado el primer concepto desenvuelto en el apartado segundo y el tercer apartado del artículo que de nuestro Código comentamos; y los arts. 3777 y 3778 del repetido Código de México vienen á sustentar los mismos principios desarrollados en los demás periodos del art. 706 que de nuestro Código nos ocupa; puesto que en estos dos últimos artículos citados se prescribe, en el 3777, que en el caso del artículo anterior la persona que haya rubricado y firmado por el testador, concurrirá con él á la presentación del pliego cerrado, en cuyo acto el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó, en su nombre, y ambos firmarán en la

cubierta con los testigos y el Notario; haciendo cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento el pliego bajo el cual se encuentra su última disposición, cuya cubierta se exhibirá al Notario en presencia de tres testigos, declarando el testador al hacer tal presentación que en aquel pliego está contenida su última voluntad.

Idénticos preceptos se ven en los arts. 3775 al 3784 del Código de Campeche, y en los arts. 3506 al 3515 del Código de la Baja California; conteniendo también preceptos análogos el art. 886 del de Veracruz-Llave, los arts. 1577 y 1578 del Código de Luisiana, 3665 al 3668 del Código de la República Argentina, y 902 y 903 del de Nápoles.

Art. 707. En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1.ª El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2.ª El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, ó lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

3.ª En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona.

4.ª Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador ó de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, á su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5.ª Extendida y leida el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en

su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por aquél.

6.ª También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Contiene el articulo que acabamos de consignar varios preceptos que son otras tantas reglas acerca de la manera de llevar á cabo los testamentos cerrados; y aunque haya habido una ligera modificación en la edición vigente, ésta se reduce sólo á que en la disposicion cuarta, donde decía: *y de hallarse el testador con la capacidad legal*, etc., dice hoy el Código que comentamos: *y de hallarse. á su juicio, el testador con la capacidad*, etc.

Ateniéndonos á las solemnidades que marca este artículo para el otorgamiento del testamento cerrado, poco hemos de decir puesto que las reglas preceptivas de pura fórmula y que más tienen un carácter adjetivo que sustantivo, apenas pueden comentarse mirándolas como derecho constituido que venimos obligados á observar para dar validez á nuestros actos; sin embargo, algo hemos de decir acerca de todas y cada una de esas solemnidades. La primera ó sea la de que el papel que contenga el testamento se coloque dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta, obedece á dificultar la sustitución de un testamento por otro y á sostener la autenticidad de la última voluntad del testador.

La segunda ó sea que el testador haya de comparecer con el testamento cerrado y sellado, ó lo haya de cerrar y sellar en el acto ante el Notario que lo autorice y cinco testigos idóneos de los cuales tres al menos han de poder firmar, responde al mismo objeto que el anterior, exigiéndose como mayor garantía, la firma de dos testigos más que en el abierto; lo cual en nuestro concepto no conduce al fin que se propone el legislador, ni dá mayor caracter al acto, pues no porque el número sea mayor ó menor ha de ser más ó menos cierta la expresión de la voluntan del testador, ni ha de existir por esto una más firme demostración de lo realizado, que en todo caso podria acreditarse suficientemente por la fé del Notario que autorizaba la declaración del testador en el acta correspondiente, y por las manifestaciones de los mismos tres testigos que únicamente se exigen para presenciar el otorgamiento de un testamento abierto.

En cuanto á la tercera solemnidad que nuestro Código exige para esta clase de testamento, encontramos que realmente es la esencial, pues consistiendo en la manifestación del testador ante el Notario y los cinco testigos, de que el pliego que se presenta contiene su testamento, tendremos la verdadera expresión de lo que en un testamento cerrado el testador está obligado á exponer al presentar su testamento; refiriéndose á lo que permaneciendo por entonces secreto, es la verdadera disposición de sus bienes para después de su muerte, cuya disposición ha de hacerse pública cuando el fallecimiento acaezca; y lo



importante del caso aquí, será para evitar suplantaciones, que, expresando el testador al hacer la manifestación antes indicada, que su testamento se haya escrito, firmado y rubricado por él, ó se escribió por mano ajena y se firmó por él al final y en todas las hojas, ó designando la persona que á su ruego lo hizo por no saber ó no poder firmar él, como quiera que todas estas manifestaciones quedan estampadas en el acta, si al abrir dicho testamento se viése que no confronta el contenido del testamento secreto en cuanto á lo escrito, rúbricas y firmas indicadas, habria de conceptuarse necesariamente como falso dicho testamento.

La cuarta solemnidad, es la que prescribe que sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario el acta antes aludida; acta de otorgamiento en la que se expresará además el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, en lo cual está este precepto conforme con las disposiciones de las Leyes de Partida; y se dará fé de haberse observado las formalidades que las anteriores reglas previenen, del conocimiento del testador ó de su identidad en la forma prevenida en los arts. 685 y 686; y de estar, según su parecer ó á su juicio, el testador en el pleno uso de sus facultades, ó con la capacidad legal bastante, á fin de poder disponer de sus bienes para después de su muerte.

La quinta solemnidad que este articulo prefija, es de tan buen sentido, que aunque no se previniese en precepto legal alguno, habria de ser cumplido como una consecuencia natural de las anteriores disposiciones; pues evidente es que toda acta que se extiende con objeto de hacer constar la realización de un acto más ó menos solemne, debe leerse en alta voz para que todos los que en él intervienen se enteren de lo ejecutado; y deben firmarlo no sólo el que dispone, sino el autorizante y los testigos, para acreditar en todo tiempo la realización del mencionado acto; como evidente es que si el testador no sabe ó no puede firmar, debe hacerlo otra persona á su ruego; y, segun el Código indica, puede hacerlo también uno de los testigos instrumentales, en cuyo caso se le dá un doble carácter que nosotros no creemos prudente ni que conduzca á otra cosa que á la sofisticación de un acto tan trascendental é importante; acto que ha de autorizar el Notario con su signo y firma como cualquier otra escritura, y en el que desde el momento en que se consiente que uno cualquiera, sea testigo ó no lo sea, firme por el testador, queda á una menor altura y á una más informal expresión que la escritura otorgada para el contrato más insignificante.

Quédanos la última solemnidad consignada bajo el número sexto de este artículo, que se refiere á la fecha del otorgamiento, la cual ciertamente debía haberse consignado en primer término, pues así acostumbra á hacerse en toda escritura pública, y es lo lógico suponer que al encabezar un acto tan solemne como el de testar, se comience por consignar el lugar, la hora, el dia, el mes y el año del otorgamiento.

Más sencillo fuera que todo esto, ya que el testamento cerrado se dá como ley en nuestro Código, que se hubieran seguido las formalidades que para ello se siguen en Aragón ó en Cataluña; pues en el primero, cumpliendo lo que previene el Fuero único de *Testamentis*, dicho testamento cerrado se otorga entregando el testador al Notario en presencia de dos testigos, el pliego cerrado que contiene su última disposición y firmando los cuatro sólo su cubierta: cuyo procedimiento se sigue exactamente igual en Cataluña, si bien aquí es más esencial y obedece más á las costumbres del país que el testamento cerrado se custodie por el mismo Notario á quien se entrega; pues en Aragón se ve también con frecuencia, que en lugar de entregar un testamento al Notario, se expresa en el acta el punto en donde se ha de encontrar ó la persona en quien se deposite; siendo nosotros partidarios de que el testamento cerrado se entregue al Notario al autorizar el acta antes mencionada.

El art. 569 del Proyecto de 1851, y el art. 705 del Proyecto de 1882, proponían preceptos análogos, si bien el del último parece haber servido de base para la redacción del artículo que comentamos; y concordancias se encuentran en los arts. 976 y 977 del Código de Francia, 783 y 784 del Código de Italia, en los cuales, excepto la presencia de cuatro testigos, se sostienen esencialmente los mismos principios; los arts. 976 y 977 del Código Belga, los arts. 1021 y 1023 del de Chile, los arts. 1920 al 1922 del Código de Portugal, en los que se exige también la concurrencia de Escribano y cinco testigos, si bien debe el testador presentar el testamento abierto con su firma al pié de su última voluntad, para que el Escribano, sin leerlo, levante acta á continuación de la firma del testador, después de lo que, y leida tan solamente el acta, se cierra, sella y lacra el pliego consignando en su cubierta la nota expresiva de lo que contiene: concuerda también con los arts. 761 al 764 del Código de Uruguay, 771 al 778 del Código de Guatemala, 987 del de Holanda, 1577 y 1578 del de Luisiana, 902 del Napolitano, 3666 del de la República Argentina, 3778 al 3783 del Código de México, 3509 al 3514 del Código de la Baja California, 3778 al 3783 del Código de Campeche, y 886 del de Veracruz-Llave.

Art. 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer.

Era lógico suponer que el legislador, ya que autoriza los testamentos cerrados, no había de consentir que los otorgasen los ciegos y los que no supieren ó no pudieran leer; por cuanto si el testamento cerrado es secreto y no puede darse de él lectura pública, es esencial para su validez cuando menos que el que lo otorgue pueda leerlo, pues de otra manera no sabria si lo consignado en ese testamento cerrado es la expresión de su última voluntad.

Ya la ley 14, tít. 1.º, Part. 6.ª prohibia el testamento del ciego sin la

concurrencia de Escribano y siete testigos, ú ocho testigos cuando no podia otorgarse ante Escribano; mas luego la Ley 3.ª de Toro, fijó en siete el número de testigos que habian de presenciar el otorgamiento del testamento del ciego.

En cuanto á los que no sepan ó no puedan leer, no se hace aqui más que insistir con muy buen acuerdo en lo que preceptuaba la Ley de Toro citada.

Sin que se conceptúe como un privilegio, hemos de convenir en que la ley no puede autorizar lo que la naturaleza rechaza, y si el testamento cerrado por su naturaleza ha de ser secreto para todos, menos para el que lo otorga, y ha de consignarse de un modo tangible para que leerse pueda por todos después de la muerte del testador, evidente es que mal podrá hacerse esta clase de disposiciones por el ciego y por el que no sepa ó no pueda leer; determinar lo contrario seria un absurdo que ni puede concebirse por la augusta majestad de la Justicia, ni penetrar debe en el lógico criterio del legislador, y en el elevado sentido del derecho.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 706, proponia un precepto análogo y la mayor parte de los Códigos extranjeros están conformes en el sostenimiento de tales principios; asi es que sin citarlos todos ellos, no podemos menos de manifestar que tanto el Código de Francia en su art. 978, como el de Italia en su art. 785, el de Bélgica en su art. 978, y los arts. 1022 del Código de Chile, 1923 del Código de Portugal, 765 del Código de Uruguay, 779 del Código de Guatemala, 3784 del Código de México, 3515 del Código de la Baja California, 3784 del Código de Campeche, y 3665 del Código de la República Argentina, prescribian preceptos análogos.

Puede, sin embargo, presentarse un caso en el que el testador siendo ciego podrá hacer testamento cerrado, valedero, como ¡podrá hacerlo ológrafo, dado los principios que informan este Código, este caso es el de un ciego que habiendo perdido la vista después de recibir una esmerada educación y estar dotado de una ilustración notoria, escribe con facilidad y lee con los ojos de su inteligencia aquello que su mano materialmente trasladó al papel; pues indudablemente el ciego en estas circunstancias, ciego que por si puede transmitir de un modo gráfico y secreto la expresión de su voluntad, para los efectos de la ley no puede considerarse como tal ciego, siempre que de lo escrito se deduzca la mayor claridad en su expresión, y confrontados los caracteres de su letra resulten idénticos á los en que aparezca escrito el testamento.

Art. 709. Los sordomudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1.° El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2.° Al hacer su presentación, el testador escribirá en la par-

te superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él.

3.ª A continuación de lo escrito por el testador, se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707, en lo que sea aplicable al caso.

Dada la educación que hoy reciben los sordo mudos y la compensación de los sentidos que en el hombre se vé, puesto que parece se desarrollan unos á expensas de otros, y que así como en el ciego se observa un delicadísimo tacto, en el sordo mudo se nota por lo general un órgano visual tan expresivo, que parece hablar con él de un modo determinante y claro, nada tiene de extraño que el legislador se haya ocupado en este Código del testamento cerrado que los sordo mudos y cuantos no pueden hablar están en el caso de otorgar, pues ya el Fuero Juzgo y las Leyes de Partida se ocuparon de esto, y atinadas prescripciones dieron relativas á tales testamentos.

Es esencial en este testamento, como en todos, la expresión de la fecha comprensiva del lugar, día, mes y año en que se otorga el testamento; y también encontramos en extremo lógico que, así como el que puede hablar, manifieste de palabra ante el Notario y los testigos cuando presenta el testamento, que el contenido de aquel pliego es su última voluntad, haga el sordo mudo ó el que no pueda hablar, esta manifestación por escrito en la parte superior de la cubierta del pliego presentado, á presencia del Notario y los cinco testigos, consignando también que está escrito y firmado por él el contenido de dicho pliego. Y en el tercer número que el artículo que nos ocupa contiene, se viene á preceptuar una cosa parecida á lo que el Código Portugués previene para todo testamento cerrado, y es, que á continuación del escrito del testador se consigne ó empiece á extenderse el acta que se llama de otorgamiento ó sea aquella en que se hace constar que el mismo pliego presentado sobre cuya carpeta se escribe, es la última voluntad del testador, sin que veamos otra diferencia entre uno y otro Código sino la que en el Portugués se présenta abierto, tan sólo para que al pié de la firma del testador, vista por el Notario, continúe éste el acta del otorgamiento; mientras en nuestra Nación esa acta relativa al testamento del ciego, se extiende ó empieza cuando menos, sobre el pliego ó carpeta cerrada de dicho testamento presentado.

El derecho romano ocupábase también de los testamentos del sordomudo, y sólo con la correspondiente autorización del Príncipe se consentía el testamento por signos cuando el testador no sabía escribir, lo cual se demuestra sin más que leer las Leyes 6.ª y 7.ª, tit. 1.°, lib. 28 del Digesto, y Ley 10, tit. 22, li-

bro 6.° del Código Justinianeo; como se encuentran precedentes en nuestro derecho histórico, ya registremos la Ley 12, tít. 5.°, lib. 2.° del Fuero Juzgo, ya se revisen las leyes 6.ª y 13 del tít. 1.°, Part. 6.ª.

Concordancias se ven entre el artículo que de nuestro Código nos ocupa y los arts. 766 del Código del Uruguay, 786 del Código de Italia, en su párrafo 2.°; 977 del Código de Francia, que en lo esencial es idéntico al nuestro, pues hasta se refiere á las reglas generales del testamento, para su observancia además de las especialmente consignadas en él, como lo hace el art. 979 del Código Belga; encontrando parecidas concordancias en los arts. 1924 del Código Portugués, 3785 del Código de México, 1024 del Código de Chile, 988 del de Holanda, 782 y 783 del de Guatemala, 3785 del de Campeche, 915 del de Veracruz-Llave, 3516 del de la Baja California, 3668 y 3669 del de la República Argentina, y el 908 del Código de Nápoles, debiendo hacer presente que los Códigos de Mexico, Baja California y Campeche comprenden preceptos casi idénticos al nuestro.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 570, y el Proyecto de 1882, en su art. 707, proponían preceptos análogos que calcados parecían en los Códigos Mexicanos anteriormente citados, y en el Italiano en alguna de sus partes.

Art. 710. Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento.

Esto es lo que nosotros hemos indicado desde un principio que puede dar origen á suplantaciones y falsedades; porque como en el acta del otorgamiento no se da á conocer la voluntad del testador, es fácil que si no éste, á quien debemos suponer formal, alguna persona que subrepticiamente pueda apoderarse del testamento cerrado y extraer del pliego la verdadera disposición, sofistique dicho testamento, colocando en lugar del verdadero uno supuesto, muy principalmente cuando ese testamento no está escrito de puño y letra del testador; y aunque se nos dijera de contrario que nadie puede guardar mejor el testamento cerrado que el testador, somos partidarios de que dicho testamento quede en poder del Notario para su custodia, porque no es de suponer que este funcionario vaya á dejar abandonado el pliego que cerrado se le confía, porque no es tan fácil tenga rozamientos con las personas interesadas en aquel testamento, como el mismo testador á quien han de rodear incesantemente aquellos que se conceptúen con algún derecho á sus bienes, y porque cerrado y sellado con distintos sellos, aunque se quisiera suponer maldad en el depositario de la fe pública, fuera imposible el levantamiento de dichos sellos sin dejar huellas de aquel acto punible, y como por otro lado los Notarios han de dar periódicamente estados de los instrumentos que otorguen, consig-

nando en ellos si quedan ó no en su poder los testamentos cerrados á que se refieren las actas de otorgamiento, de las que dan parte en dichos estados, no había de ser fácil tampoco su ocultación. Además, vemos en Cataluña y en Aragón los efectos que este depósito produce; y creemos firmemente que el precepto de este art. 710 que comentamos no ha de ser óbice para que, siguiendo las costumbres de las regiones aforadas antes indicadas, la mayoría de los que otorgan testamento cerrado lo depositen en el oficio del Notario público á quien se presentó, toda vez que dicho artículo no lo prohibe, y en el art. 711 se da facultad para ello al testador; por lo cual, relacionando un precepto con otro aunque adelantemos nuestras impresiones respecto de lo que prescribe el art. 711 de este Código, no podemos menos de expresar nuestra conformidad con los principios tan racionales que los mismos entrañan, pues con ellos ha de darse lugar á que en la práctica se vea dibujada la tendencia más conveniente á los otorgantes.

El art. 34 de la Ley del Notariado está perfectamente conforme con lo expuesto, por cuanto en él se preceptúa que el Notario lleve un libro reservado, en el que han de insertarse numéricamente por orden cronológico, los testamentos cerrados cuyo otorgamiento hubiesen autorizado; y el art. 709 del Proyecto de Código de 1882, proponía preceptos análogos.

Art. 711. El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, ó encomendar su guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen ó á continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo á continuación de dicha nota.

Algo hemos indicado en el artículo anterior que en relación está con el que ahora vamos á comentar; es lo cierto, que, aceptado el principio del testamento cerrado, el artículo que nos ocupa preceptúa lo que realmente debe prevenirse con relación á los testamentos de esta clase, pues no sólo se cumple así lo prevenido en el derecho foral antes indicado, sino que se deja en libertad al testador en esta cuestión de pura conciencia, acerca de la cual el tiempo ha de darnos la verdadera pauta y ha de demostrar cuantas ventajas ofrece esta misma libertad respecto del depósito del testamento cerrado.

En cuanto al último apartado del artículo que nos ocupa, no cabe réplica ni duda alguna. El testador que dá al Notario el testamento cerrado para su

guarda, recibe el correspondiente resguardo del Notario, quien cumpliendo no sólo con este precepto sino con el del art. 92 del Reglamenlo para la Ley del Notariado, hace constar en su protocolo al margen ó á continuación del acta de otorgamiento, que queda en su poder el pliego cerrado á que la misma se refiere; y si algún día el testador quiere recogerlo, nada más justo que tenga libertad para efectuarlo firmándole un recibo á continuación de la nota á que antes nos referimos.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 710, proponia preceptos análogos; y concordancias encontramos en el art. 3791 y 3792 del Código de Campeche, 780 del de Guatemala, 3791 y 3792 del Mexicano, 1927 del de Portugal, 3522 y 3523 del de la Baja California, que previenen que el testador podrá conservar el testamento en su poder, ó darlo en guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en el archivo judicial; y cuando se hiciere esto último se presentará al encargado del mismo quien hará anotar en el libro que al efecto debe llevarse una razón del depósito y entrega que será firmada por el dicho funcionario y el testador á quien se dará copia autorizada.

Art. 712. El Notario ó la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Ya indicamos antes algo acerca de este particular, y verdaderamente es tan esencial el precepto de este articulo, que sin imponer este deber al que tenga en su poder el testamento cerrado, como se impone al depositario de un testamento ológrafo, de lo cual nos ocupamos al comentar el art. 690 de este mismo Código, que sin imponer repetimos, ese deber de presentar el testamento al Juez competente, en cuanto el que lo tuviere en su poder sepa el fallecimiento del testador, daríase lugar á grandes abusos que se evitarán en gran parte por temor á la responsabilidad de daños y perjuicios á que se refiere el último apartado del articulo que comentamos; siendo nosotros de opinión, que además debia perseguirse criminalmente desde luego, sin esperar lo que indica el art. 713, al que dentro de los diez dias que dicho parrafo prefija, no presenta al Juez competente el testamento que en su poder tiene, á no demostrar la imposibilidad material de hacerlo, justificando haberse presentado á la autoridad que más próxima de si tuviere, cuando hubiere llegado á su noticia la muerte del testador.

El Proyecto de Código Civil de 1851 en su art. 571 y el de 1882 en el art. 711 proponian preceptos análogos, y precedentes encontramos en la Ley 14, titulo



5.°, lib. 3.° del Fuero Real, Ley 5.ª, tít. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y art. 1956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en vigor tenemos, que es exactamente idéntico al primer apartado del artículo que de este Código nos ocupa, concordando perfectamente con el art. 3671 del Código de la República Argentina, el 990 del Código de Holanda, 1987 del de Portugal, el 1025 del de Chile, el 767 del de Uruguay, el 3798 del de México, 3527 del de la Baja California, y 3796 del de Campeche, siendo de notar que estos tres últimos se refieren á la autoridad judicial en lo que nuestro Código previene respecto del Notario, por la misma razón que es en el archivo judicial donde allí acostumbran á depositarse los testamentos cerrados.

Este precepto ha sido modificado en esta segunda edición de una manera que en poco altera la sustancia de la cosa; pues mientras en la primera edición se decía al final del artículo *será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen por la dilación*, en éste se expresa más técnicamente consignando que será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Art. 713. El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho á la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato ó como heredero ó legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador ó de la persona que lo tenga en guarda ó depósito, y el que lo oculte, rompa ó inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda.

Tan perfectamente de acuerdo estamos con los preceptos que contiene este artículo, que vamos más allá que lo que en el mismo se previene; pues suponemos que el dejar de presentar el testamento cerrado que uno tenía en su poder, debe presumirse siempre doloso mientras no se pruebe lo contrario, como hemos indicado al comentar el artículo anterior, y expusimos ya al tratar del testamento ológrafo, á lo cual nos referimos en lo que de común tiene con ésta. El que en el término de diez días no presenta el testamento cerrado que en su poder conserva á la autoridad judicial competente, sabiendo la muerte del testador, obra con dolo por regla general, y como á tal debe tratarse, perdiendo todo derecho que á la herencia *ab intestato* pudiera tener, pues se comprende bien que si no presenta tal testamento al Juez, es porque cree convenirle más que pase por intestado el que dispuso de sus bienes para después de su

muerte, y si no se tomase la medida que nuestro Código adopta para evitar esa falta de presentación de testamentos cerrados, la mayor parte de los que se depositasen en particulares, pasarían desapercibidos y quedarían en el misterio: por ello debe reconocerse una gran previsión en el legislador, á la vez que un gran principio de justicia en el artículo que comentamos, pues justo es se pierda lo que por medios reprobados por la moral y las leyes trate de adquirirse, que se responda de los daños y perjuicios ocasionados por esa falta de presentación, y mucho más justo es todavía que al manifiestamente criminal que sustrae el testamento cerrado del domicilio del testador ó del de la persona que lo tuviere en su poder, al que lo oculte, rompa ó inutilice de cualquier modo, además de las responsabilidades civiles anteriormente indicadas, se le imponga la responsabilidad penal ó personal á que como autor de un delito se ha hecho acreedor.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 712 proponía preceptos análogos al del artículo que al presente nos ocupa; y encontramos precedentes en la Ley 5.ª, tít. 18, lib. 10, de la Novísima Recopilación, concordando el artículo que comentamos, que gran relación tiene con el 1269 de este mismo Código en lo relativo al dolo, con los arts. 1937 y 1938 del Código de Portugal, 3803 del Código de México, 3534 del Código de la Baja California, y 3808 del Código de Campeche, en los que se previene que toda persona que tuviere en su poder un testamento cerrado y no lo presente como está prevenido, ó lo sustraiga dolosamente de los biénes del finado, incurrirá en pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida del derecho que pudiera tener, sin perjuicio de lo que le corresponda conforme al Código penal; teniendo también analogía con dichos preceptos el que entraña el art. 3671 del Código de la República Argentina, que como precedentes tuvo la misma Ley 5.ª, tít. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación citada entre los antecentes del nuestro, y la Ley 4.ª, tít. 5.º, lib. 3.º del Fuero Real, siendo también análogos los preceptos del art. 990 del Código de Holanda.

Art. 714. Para la apertura y protocolización del testamento se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Ya varias veces en comentarios anteriores hemos expuesto que, sin perjuicio de las modificaciones que en su día ha de sufrir necesariamente la Ley de enjuiciar como todas las leyes especiales, habría que atenerse en la actualidad para la apertura de los testamentos cerrados á lo prevenido en el tít. 7.º del libro 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, en cuyos arts. 1956 al 1979 se encuentra el procedimiento á que se ha acomodado hasta hoy la apertura de los testamentos cerrados y la protocolización de las memorias testamentarias; mas repetimos, que ésta como otras varias leyes, han de modificarse necesariamente, porque de hoy en adelante, así como la constitución es la ley funda-

mental del Estado á cuyo amparo nacen todas las leyes orgánicas y donde se encuentran los principios fundamentales del desenvolvimiento de las demás disposiciones, el Código debe ser la base fundamental de todas las leyes puramente civiles, y fuerza es introducir en ellas las modificaciones que de los principios sustentados en este Codigo se deducen para armonizar el verdadero cuerpo del derecho privado; pues de no tener iniciativa bastante y carácter franco para afrontar esas reformas en general, el Código que nos ocupa no podrá producir el resultado apetecido, puesto que ni tendrá leyes procesales convenientemente dictadas para la tramitación de todos los principios que en él se desarrollan, ni habrá la armonia que necesaria es é indispensable, para que sin contradicción de ningún género venga á realizarse lo que prescrito está y debe llevarse á cabo llenando las necesidades que el progreso ha impuesto á la época presente.

Se trata de sostener por algún publicista demasiado interesado en el asunto, que la apertura de los testamentos cerrados no debe sujetarse á las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento civil cuando se trata de testamentos entregados para su custodia al Notario, porque éste tiene una autoridad que hace innecesaria la intervención judicial, y para ello aduce como argumentos irrecusables textos del Código Justinianeo, de la Instituta. de la ley de Partida, de las leyes de Toro y de la Novísima Recopilación, presentándolos truncados, y á medida de su deseo, para que los que no conozcan esas disposiciones en su integridad, crean que efectivamente, ya que no razón lógica, hay una razón histórica para sostener su tesis; y por si esto fuese poco, como temeroso de la debilidad de sus argumentos aduce los de otro Notario, respetable por su saber, su honradez y su edad, el Sr. Falguera, acreditado Profesor de la Universidad de esta capital (Barcelona); mas, como parte del supuesto falso, de que los testamentos cerrados son documentos públicos desde el momento del otorgamiento del acta, en que se declara que el contenido en el pliego cerrado presentado, es la última voluntad del testador, nada más fácil que deshacer su error, pues á poco que el publicista aludido discurra desapasionadamente, comprenderá, que el otorgamiento del acta, no es más que un precedente, y que el testamento verdadero no adquiere el dictado ó carácter de título público hasta que, muerto el testador, se procede á su apertura, y viendo el Juez que es verosimil y legal, decreta su validez y protocolización; asi es, que pocos exfuerzos han de bastarnos para desvirtuar los sofismas presentados en contra del art. 714 que de nuestro Código comentamos.

El Notario no tiene jurisdicción; es muy respetable su oficio; está hoy el Notariado á gran altura, y vale mucho el personal que lo constituye; pero su misión está reducida á la fé pública de lo que ante él se realiza; y mal puede testimoniar, por los precedentes, la esencia de la cosa, el contenido de lo que cerrado está, y cerrado debe permanecer hasta que la Autoridad judicial viene



á ejercer sus elevadas funciónes, dando fuerza á lo que hasta su intervención no la tuvo, y mandando protocolizar lo que desde la protocolización se convierte en título público. Así es que, sin ofensa para el respetable cuerpo notarial, cuyas virtudes, buena fé y saber, reconocemos, no podemos menos de creer que el prècepto de este artículo comprende á todo testamento cerrado, cualquiera que sea su depositario.

El Proyecto de Código Civil de 1851 en sus arts. 574 al 576, y el de 1882 en su art. 714 proponían análogos preceptos; encontrandose concordancias con el artículo que nos ocupa en los 1007 del Código de Francia, 1932 á 1936 del de Portugal, 1007 del de Bélgica, 915 en su relación con el 912 del de Italia, 1025 del de Chile, 3796 al 3801 del de Campeche, 3527 al 3532 del de la Baja California, 3796 al 3801 del de México, 767 á 769 del de Uruguay, 1643 del de Luisiana, 900 y 904 al 907 del de Veracruz-Llave y 3694 y 3695 del de la República Argentina.

Art. 715. Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables.

Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

Preceptos contiene este artículo que, sobre ser lógicos, impera en ellos la justicia, y al propio tiempo obedece á principios tan equitativos que cuando un testamento cerrado por ignorancia del testador no reune todas las circunstancias que la ley exige para que como tal sea valedero, si llega á reunir las indispensables para que como ológrafo tenga validez se le da este carácter; con lo cual el legislador parece quiere facilitar la testamentifacción y sostiene la idea del cumplimiento de las formalidades que la ley prescribe; por esto declara nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se han observado las formalidades establecidas en esta sección 6.ª, tít. 3.°, lib. 3.°, y por esto también impone correctivo justo al Notario que por malicia, negligencia ó ignorancia inexcusables hubiere dado lugar á esa nulidad, imitando en ello lo que en el Fuero de Aragón sobre el mismo asunto se prescribe.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 714, proponía preceptos análogos; y pudiéramos conceptuar que existen antecedentes de tales disposiciones en la Ley 8.ª, tít. 7.°, lib. 29, del Digesto, encontrándose concordancias en el art. 804 del Código de Italia, 1583 del Código de Luisiana, 1925 del Código Portugués, 3670

del Código de la República Argentina, 1001 del Código de Francia, 3788 del Código de México, 1001 del Código de Bélgica, 3788 del Código de Campeche, 3519 del Código de la Baja California; previniéndose en estos dos últimos que el testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas quedará sin efecto, y el Notario será responsable en los términos que prefijan los mismos Códigos, es decir, de daños y perjuicios, incurriendo además en la pena de pérdida del oficio, como previenen los arts. 3505 del Código de la Baja California y 3774 de los de México y Campeche.

Objeto de gran controversia entre los publicistas ha sido el precepto que comentamos, especialmente en lo relativo al último párrafo del mismo, en el que se preceptúa que será válido como testamento ológrafo el que no teniendo todas las condiciones del cerrado, escrito y firmado estuviere por el testador y reuniera las demás condiciones que los olográfos deben tener; mas nosotros, según hemos indicado anteriormente, encontramos tan lógico y equitativo este precepto que no alcanzamos á comprender como personas serias le combaten, pues la equidad y el buen sentido rechazan la presunción de que quien quiso testar y testó en efecto haya pretendido realizar un acto nulo y que ningún valor pudiera tener haciendo ilusoria la expresión de su última voluntad, y por ello creemos firmemente que habiendo un medio legal para dar subsistencia á esa expresión de la última voluntad del testador, aunque se hubiera equivocado en la forma debe prevalecer aquella disposición; por esto la Ley Romana anteriormente citada venía á ordenar que cuando el medio elegido para hacer un testamento fuere impugnado, si de otro modo ó bajo otro concepto pudiera tenérsele por válido se le considerase valedero.

Este artículo fué modificado en la edición que comentamos, redactándose de modo más técnico y expresivo.

SECCIÓN SÉPTIMA

DEL TESTAMENTO MILITAR

Art. 716. En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás indivíduos empleados en el ejército, ó que sigan á éste, podrán otorgar su testamento ante un oficial que tenga por lo menos la categoria de Capitán.

Es aplicable esta disposición á los indivíduos de un ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el Capellán ó el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aúnque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Sin detenernos á mentar siquiera las lijeras modificaciones que en esta segunda edición se han hecho á la primera, porque á nada conduce el ocuparnos hoy de ellas y mucho menos cuando se reducen á un cambio de nombre, hemos de expresar que este testamento militar es verdaderamente privilegiado, pero su privilegio se funda, como ya indicamos en otra ocasión, en una necesidad imperiosa, cual es la situación especial y el peligro que los militares en campaña corren en tiempo de guerra, por cuanto fácil no es que todos los que á la guerra concurren hayan sido tan previsores que en tiempo normal hayan testado.

De origen romano el testamento militar, fué llevado de la Instituta á la Ley de Partida, y aunque la sentencia de Ulpiano, consignada en el tit. 13 del libro 37 del Digesto, vino á determinar más y más el fundamento de esta excepción y lo que por tal debía entenderse, no por esto dejan de encontrarse también precedentes en la Ley 12, tit. 5.°, lib. 2.° del Fuero Juzgo. Sin embargo, en nuestro derecho común los preceptos que más han prevalecido sobre este punto han sido los consignados en la Ley 4.ª, tit. 1.°, Part. 6.ª, si bien aquel testamento sufrió alternativas varias, como las sufren siempre cuantas instituciones llevan el sello del privilegio; pues mientras unos prescindian de él por la desconfianza que les inspiraba, otros lo llevaban más allá de sus limites naturales, y las Reales Ordenanzas del ejército, como las Leyes 7.ª y 8.ª del título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, como un derecho de los aforados de guerra lo consignaron.

Nada hemos de decir de cuanto preceptuaba la Real cedula de 28 de Abril de 1739 ni el Real decreto de 9 de Junio de 1742, que anulando la anterior cédula, restableció la antigua costumbre de testar, de cualquier manera que fuese, tanto en campaña como en cualquier otro punto; tampoco hemos de hacer mención de las ordenanzas del ejército impresas en 1768 á que antes nos hemos referido, porque transcritas fueron á la Novisima Recopilación; pero si hemos de indicar que el rey don Carlos III publicó la Real cédula de 24 de Octubre de 1738 que también transcrita fué á la Ley 8.ª, tit. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, en la que se declara como regla general que todos los individuos del fuero de guerra pueden, en fuerza de sus privilegios, otorgar por si su testamento en papel simple y firmado de su mano ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo por ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva pueden usar á su arbitrio del

privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal, y que así se cumpla y ejecute no obstante cualesquiera leyes, decretos y órdenes anteriores; cuya cédula fué confirmada por Real decreto de 7 Enero de 1835 y conforme estaba la misma con los arts. 1.° al 4.°, tít. 11 de las Ordenanzas del ejército de 22 Octubre de 1768 antes indicadas.

Prescindiendo de otras muchas disposiciones que sobre el particular se han dado, atender debemos á las resoluciones que la Dirección general de los Registros dictó en 30 Mayo de 1877 y 25 Octubre de 1884, y á las prescripciones del Código que hoy comentamos; teniendo siempre en cuenta que, si bien es perfectamente lógico y natural que se guarde este privilegio en campaña, no hay fundamento alguno para que, testando en tiempo normal y de paz y en el seno de la familia, se omitan las solemnidades generales que en los testamentos de los demás ciudadanos se exigen, puesto que en beneficio de todos fueron prescritas, toda vez que no significan otra cosa que las precauciones tomadas para evitar amaños y fraudes; y aunque los arts. 476 al 480 de la Ley de Enjuiciamiento militar se ocupen de la prevención de las testamentarías y abintestatos de los militares, esto no es obstáculo para sostener la tesis anteriormente expuesta, mucho más cuando en virtud de las resoluciones ya indicadas de la Dirección general de los Registros, se declararon inscribibles y protocolizables los testamentos militares, fundándose en que la intervención y aprobación del Juez les da el carácter de documentos auténticos.

Este artículo que comentamos tiene su relación con el 677 de este mismo Código y aun con el 681.

El Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 574 y el Proyecto de 1882 en su art. 715, proponían preceptos análogos, si bien el primero se mostraba partidario de autorizar al capitán y al auditor de guerra ó un comisario y dos testigos para que entre ellos se otorgara el testamento abierto; y en caso de que el testador se hallare herido ó enfermo, podían ser sustituidos los anteriormente indicados por el capellán ó el médico; pero en esto, á lo que el Código que comentamos prescribe, hemos de atenernos, y de nada sirve que los Proyectos anteriormente expresados propusieren prescripciones más ó menos acertadas. Hoy por hoy, repetimos, debemos atender á lo que nuestro Código previene, y habiendo desaparecido el antiguo testamento militar de nuestra patria con todo lo que de odioso llevaba consigo, están perfectamente justificadas las prescripciones de la sección sexta que nos ocupa; pues tiende á desvirtuarse el privilegio para dar lugar á una legislación racional y justa, convirtiendo el testamento militar en disposición especial, sujeto á fórmulas adecuadas á la situación especial en que el testador se encuentra y al peligro que corre defendiendo la patria de los enemigos exteriores ó de los enemigos de la paz pública, que tan necesaria es para el fomento de la producción nacional.

Concordancias encontramos en los arts. 981 al 983 del Código de Francia,

en los arts. 799 al 803 del Código de Italia, 981 al 983 del Código de Bélgica, 1041 y 1042 del Código de Chile, 1944 y 1945 del Código de Portugal, 784 del de Guatemala, 1590 del de Luisiana, 775 del de Uruguay, 933 del de Holanda, 3672 y 3673 del de la República Argentina, 3817 al 3820 del de Mexico: en los Códigos de Austria y de Prusia en sus arts. 177 y 183; 3548 al 3551 del Código de la Baja California, 3817 al 3820 del Código de Campeche y otros varios; siendo de advertir que mientras el Código de Francia y el de Bélgica preceptúan que los testamentos de militares y de empleados en el ejército podrán, en cualquier pais en que se hagan, otorgarse ante el jefe de un batallón ó escuadrón ó ante otro oficial de grado superior en presencia de dos testigos, y que cuando el testador estuviere enfermo ó herido, podra también otorgarlo ante el facultativo jefe asistido del comandante del Hospital; los Códigos de México, Baja California y Campeche previenen, que los militares y los empleados civiles del ejército luego que entren en campaña, podrán testar en la forma privada y sujetándose á las formalidades prescritas para esta clase de testamentos, bastando declarar su voluntad ya cuando se esté herido, ya sobre el campo de batalla, ante dos testigos idóneos ó presentando ante los mismos el pliego cerrado que contenga su disposición escrita y firmada, ó por lo menos firmada de su puño y letra; y el Código de la República Argentina viene sentando los mismos principios, puesto qne previene que en tiempo de guerra los militares que se hallen en una expedición militar ó en una plaza sitiada ó en un cuartel ó guarnición fuera del territorio de la República y asimismo los voluntarios, rehenes ó prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados á la expedición, y los demás individuos que van acompañando á dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga á lo menos el grado de capitán, ó ante un intendente del ejército, ó ante el auditor general y dos testigos, designándose en el testamento el lugar y la fecha en que se hace.

Todavía el Código de Italia es más expresivo en los preceptos relativos al caso que nos ocupa, pues en él se establece que los militares y personas que se hallen en el ejército podrán otorgar testamento ante un Comandante ó cualquier otro Oficial de graduación igual ó superior, ó ante un intendente militar ó Comisario de Guerra, en presencia de dos testigos que reunan las condiciones exigidas por dicho Código; que si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá también recibirse el testamento por el Oficial de Sanidad de servicio, en presencia de dos testigos en la forma establecida anteriormente; y que sólo pueden testar en dicha forma especial los que estén en expedición militar por causa de guerra, bien en pais extranjero ó en el interior del Reino, prisioneros del enemigo, en plaza á fortaleza sitiada, ó en otros lugares en que estén interceptadas las comunicaciones.

Art. 717. También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

No podía menos de darse el precepto que contiene este artículo: si el testamento militar puede otorgarse, para facilitarlo ante el Facultativo que asiste al enfermo, ante el que mande el destacamento, aunque sea subalterno, con mayor razón han de poder otorgarlo ante un Comisario de Guerra, ejerciendo éste las funciones de Notario, mucho más si se observan las formalidades del art. 706 y siguientes, puesto que dicho testamento ha de ser cerrado, según previene el artículo que nos ocupa, pues los Comisarios de Guerra son Oficiales del cuerpo de Administración militar, y como tales tienen categoría igual y á veces superior á los oficiales á que se refiere el artículo precedente.

Concuerda el artículo que nos ocupa con el 981 del Código de Francia indicado en el comentario anterior, con el art. 799 del Código de Italia también indicado, con el 981 del Código Belga, con el 1047 del Código de Chile, con el 3678 del Código de la Baja California, si bien en éste se preceptúa únicamente que si quien puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, actuará como ministro de fe cualquiera de las personas ante quien ha podido otorgar testamento abierto; concordando también con el art. 1946 del Código de Portugal, 3821 del de Campeche, 3552 del de Veracruz-Llave y 3821 del de México.

Art. 718. Los testamentos otorgados con arreglo á los dos artículos anteriores, deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de la Guerra.

El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite á los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación e intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

Este artículo contiene prescripciones varias que sirven para prevenir toda suplantación, y sus medidas son tan previsoras, que evitarán indudable-

da falsedad; pues desde el momento en que un testamento otorgado militar en campaña, bien en público, bien en secreto ó cerrado, se eleMinisterio de la Guerra por conducto del Cuartel general, se dá la mayor garantía que pueda darse al que lo otorgó de su buena custodia, y de que caso de fallecimiento ha de cumplirse extrictamente su última voluntad sin sofisticación de ningún género: y esto no puede menos de suceder, puesto que el Ministro de la Guerra al tener conocimiento de la muerte del testador, lo remite cuidadosamente al Juez del último domicilio del que de sus bienes dispuso para despues de su muerte, y si asi no pudiera efectuarlo por serle desconocido tal domicilio, se dirije al Decano de los Jueces de Madrid para que de oficio cite á los interesados en la sucesión, debiéndose á instancia de éstos elevar á escritura pública y protocolizar aquel testamento en la forma que previene el tít. 6.°, del lib. 3.° de la Ley de Enjuiciamiento civil, mas si ese testamento fuere cerrado deberá procederse á su apertura con las formalidades del tit 7.° del citado libro de la expresada Ley de enjuiciar con citación del Ministerio público, y una vez hecho esto, se pondrá en conocimiento tal disposición de las personas en cuyo favor recae.

Aquí puede presentarse una dificultad, y es, la de cuál sea el domicilio legal del testador; pero en primer término hay que comprender bien que el artículo que comentamos trata del último domicilio y que con arreglo á lo prevenido en el art. 40 de este mismo Código y sus concordantes, el domicilio del militar, como el del empleado, es el de su residencia habitual por razón del servicio del cargo; así es que fácil ha de ser determinar en el Ministerio de la Guerra cuál sea el último domicilio del difunto, pues en dicho centro ha de constar necesariamente el cargo que servia y el punto de su residencia habitual y hasta el punto en que devengó sus últimos haberes antes de entrar en campaña; pero aunque así no fuere, desde el momento en que se dispone que cuando llegase á ser desconocido ese último domicilio, remita el Ministro dicho Testamento al Juez Decano de los de Madrid para que de oficio cite á los herederos, se viene á sentar un medio supletorio de llenar aquel requisito; si bien hemos de hacer presente que muy raro ha de ser el caso en que no conociéndose por el Ministerio de la Guerra el último domicilio del testador militar lo pueda averiguar el Juez, por más que éste haga las citaciones correspondientes en la *Gaceta Oficial*; cuya citación de la misma manera podría hacerse por la autoridad militar, practicando ésta análogas diligencias á las que según el art. 268 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puede practicar para la prevención de los juicios de testamentaria y abintestato de los militares y marinos muertos en campaña y navegación para cuyas diligencias se declara competentes á los jefes militares de guerra y de marina.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 575, y el de 1882 en su art. 715, proponían preceptos análogos; y concordancias vemos en el art. 801 del Código de

Italia, que en su primera parte es enteramente igual al nuestro; en el 3677 del Código de la República Argentina, en el cual se previene que el testamento otorgado en la forma prescrita anteriormente, si el testador falleciere, deberá ser remitido al Cuartel general, y con el V.° B.° del Jefe de Estado mayor que acredite el grado ó calidad de la persona ante quien se ha hecho, se mandará al Ministerio de la Guerra, y el Ministro de dicho departamento lo remitirá al Juez del último domicilio del testador para que lo haga protocolizar y si no lo conociere se remitirá á uno de los Jueces de la capital para que lo haga protocolizar en la oficina que el Juez disponga.

Análogos preceptos se ven, según antes hemos indicado, en los arts. 7821 y 7822 del Código de México, 3552 y 3553 del Código de la Baja California y 3821 y 3822 del Código de Campeche; en todos los cuales se vé que la autoridad militar cede su intervención á la autoridad judicial para elevar á escritura pública dichos testamentos como lo hace nuestro Código, cuyos dos últimos párrafos se apartan algún tanto de lo que los arts. 476 al 480 de la Ley de Enjuiciamiento militar de 29 de Septiembre de 1886 disponen con relación á la prevención de testamentarias y abintestato.

Art. 719. Los testamentos mencionados en el art. 716 caducarán cuatro meses despues que el testador haya dejado de estar en campaña.

Ya digimos antes, que todo testamento especial cuyo otorgamiento debido fuése á circunstancias anormales que atravesase el testador, debe caducar cuando la anormalidad que lo produjo cesase; y no hay para que insistir en la lógica del precepto que nos ocupa; pues es evidente que el testamento militar que por razón de la campaña se otorgó, cesa en sus efectos terminada dicha campaña: más para determinar una fecha y salvar en lo posible las consecuencias azarosas de la guerra, fija nuestro Código cuatro meses desde la terminación oficial de la misma, en lo cual no están conformes todos los Códigos, pues mientras el Código de Francia en su art. 984 previene que será nulo seis meses después que el testador haya vuelto á sitio donde pueda emplear las formas ordinarias de testar, el 803 del Código de Italia, ordena sea nulo tres meses después de la vuelta del testador á un lugar en que pueda hacer otro testamento en las formas ordinarias; el 981 del de Bélgica es enteramente igual al ya citado de Francia; el de Baviera dilata los efectos de tal testamento hasta un año después de haber terminado la campaña ó haber sido licenciado el testador; el art. 192 de Prusia lo extiende al año de haberse declarado la paz; el de Holanda 999 á los tres meses de terminada la campaña; el de Uruguay en su art. 778 á los seis meses; el de Portugal (art. 1945) al mes; el de México al mes, según lo dispuesto en el art. 3823 con relación al 3809 que trata del término á que alcanzan los efectos del testamento privado, como sucede con los

arts. 3554 y 3540 del Código de la Baja California, y los arts. 3823 y 3890 del Código de Campeche en los cuales se señala el mismo plazo; estableciéndose para la caducidad del testamento militar el término de 90 dias después dé haber cesado las causas de su origen en el art. 3676 del Código de la República Argentina, el de tres meses en el art. 910 del Código de Nápoles; sin que dejen de encontrarse analogías en los arts. 787 del Código de Guatemala; en el 1044 del de Chile, en el art. 894 del de Veracruz-Llave que lo hace ineficaz transcurridos tres meses desde que el testador hubiere salido del peligro, y otros varios. Asi es que no puede decirse, como asegura cierto publicista, que la mayoria de los Códigos señalan cuatro meses como término de caducidad del testamento militar, ni menos son exactas las citas que de algunos Códigos hace el aludido.

Este verdadero privilegio no tuvo limites hasta hoy en nuestra pátria, por más que las Leyes romanas, nuestros origenes (párrafo 5.°, tit. 2.°, lib. 2.°, de la Instituta), le diesen subsistencia por espacio de un año más, después de obtenerse por el testador la licencia ó retiro del ejército, en lo cual tiene identidad el Código de Baviera, pues tal plazo se prefija en su art. 4.° del cap. 4.°, libro 3.°

Art. 720. Durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Aúnque no se salvare, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el art. 718.

Facilitar en extremo la testamentifacción activa se propuso sin duda el legislador al dictar el precepto comprendido en el primer párrafo de este artículo, puesto que según él, en todo peligro próximo de acción de guerra, ya sea, el asalto, el combate, la batalla ó cualquier otro, su origen, puede el militar hacer testamento ante dos testigos simplemente; pero la cordura más esquisita ha venido enseguida á declarar ineficaz muy lógicamente dicho testamento cuando se salva el peligro, en cuya consideración se testó; y no podia ser otra cosa: *sublata causa, tolitur efectos*; por eso mismo somos nosotros partidarios de que no sólo en este caso, sino siempre que se otorgase un testamento especial, por la anormalidad de las circunstancias que se atraviesen, desaparecidas aquellas anormales circunstancias, vuelta la normalidad, inmediata-

mente debia desaparecer le eficacia de aquellos procedimientos anormales, para que entrando en el periodo normal el testamento otorgado, y sin fuerza ya ni valor, por los medios extraordinarios empleados para su otorgamiento, se otorgase de nuevo conforme á las reglas de la normalidad: de no ser así, el testamento que hoy llamamos especial, cualquiera que sea su forma y clase, se convierte en privilegiado, pues el verdadero privilegio nace cuando puestos todos los ciudadanos en las mismas condiciones y circunstancias se les releva á uno del cumplimiento de las leyes que otros obligan, se les exime de formalidades que á otros se les exigen. Por esto vemos que en los Códigos de México, Campeche y Baja California, y en los de la mayoría de las Repúblicas americanas, que es donde ordinariamente se rechaza más el privilegio odioso, los plazos para la caducidad de estos testamentos, son limitadisimos. Y por esto nosotros que en el trascurso de poco tiempo hemos adelantado asombrosamente hasta el extremo de quedar extinguidas muchas intolerancias perniciosas, que la razón y el buen sentido miran con desafecto, tenemos en el artículo que del Código que comentamos nos ocupa, la prueba más evidente de que rechazamos el privilegio, y aceptamos las formas especiales sólo cuando la necesidad las impone, desapareciendo los efectos de su testamento comprendidos en el párrafo 1.° del art. 720 que nos ocupa, cuando el testador se salva del peligro inminente que le impulsó á testar, y aunque no se sálvare, será necesario para su validéz que se formalice por los testigos ante el Auditor de guerra ú otro funcionario judicial que siga al ejército, procediéndose después á practicar las demás diligencias del art. 718. Y se comprende perfectamente: el testamento que de palabra otorga ante dos testigos el militar que ante el enemigo se encuentra en rudo combate, no puede servir más que de antecedentes, para la consignación de la última voluntad del testador; fallece éste en la batalla, y sus compañeros que oyeron de sus lábios; salir su postrimera voluntad han de perpetuar aquella disposición consignándola ante el Auditor ó el funcionario de justicia que con ellos acuda á la pelea, para que éste dé parte á su jefe inmediato y, remitiéndole al cuartel general, se eleve al Ministerio de la Guerra, y de allí pueda llegar al juzgado del último domicilio del testador ó al Decano de los de Madrid, a fin de que, prévia citación de los herederos y demás interesados, se eleve á escritura publica y se protocolice con arreglo á las formalidades de la Ley de enjuiciar.

Ya en los arts. 2.° y 3.° de las Ordenanzas de la Armada (1748), se encuentra algo análogo al primer párrafo del articulo que comentamos, y tanto el primer Proyecto de Código Civil en su art. 577, como el Proyecto de 1882 en su art. 718, proponían preceptos análogos; y concordancias encontramos en varios Códigos extranjeros, entre otros, los arts. 1046 del de Chile, 3818 del Código de México; el 3549 del de la Baja California y 3818 del de Campeche, en los que se preceptúa que: *si el militar ó empleado civil hace su disposición en el mo-*

mento de entrar en acción de guerra, ó estando herido, sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos idóneos, ó que ante los mismos presente el pliego cerrado que contenga su disposición, escrita y firmada, ó por lo menos firmada de su puño y letra.

Art. 721. Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el art. 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asímismo el testador, si pudiere.

Poco hemos de decir acerca de este artículo después de lo expuesto en los anteriores; el militar, como cualquier otro ciudadano, puede otorgar testamento abierto y cerrado, lo mismo en tiempo normal que en las circunstancias más anormales porque atraviese: pues bien, para el testamento cerrado han de cumplirse las formalidades marcadas á los mismos en los arts. 706 y 707; pero en lugar de levantar el acta de otorgamiento en que se hace constar que el pliego presentado contiene su última voluntad ante el Notario y cinco testigos, la presentación y acta de otorgamiento se efectuará ante el oficial y dos testigos, que para autorizar el testamento abierto se faculta por el art. 716, que comentado queda, siendo firmada dicha acta por el indicado Oficial y dos testigos, y si supiere hacerlo, por el mismo testador.

El Proyecto de Código Civil de 1882 en su art. 719, proponía un precepto análogo, y concordancias encontramos en el art. 1047 del Código de Chile; en el art. 3819 del Código de México, en el art. 3550 del de la Baja California, 3819 del de Campeche y otros.

SECCIÓN OCTAVA

DEL TESTAMENTO MARÍTIMO

Art. 722. Los testamentos, abiertos ó cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan á bordo, se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, ó el que haga sus veces, pondrá además su V.° B.°

En los buques mercantes autorizará el testamento el capitán, ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe ó no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el art. 695, y, si fuere cerrado, lo que se ordena en la Sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos é intervención del Notario.

Peligros análogos al de la vida militar en campaña, corre el marino que á luchar se lanza con la fuerza atronadora de las olas embravecidas para hacer de los mares una vía de comunicación entre los pueblos de diferentes continentes; lucha en la que nuestra marina de guerra como nuestra marina mercante, ha visto frecuentemente verdaderas epopeyas; epopeyas de esas que aparecerian sublimes por la grandeza y potencia que de la naturaleza representan, si no fuese porque la vida parece se vé escapar inminentemente bajo las sombras de la muerte que se cierne sobre la cabeza del marino para ser sepultado en el abismo que á sus piés sondea. Por esto el testamento marítimo es una necesidad debida al peligro en que se encuentra el facultado para otorgarlo, y por eso el testamento que como especial se otorga en tales momentos de amargura y de desesperación, perder debe su eficacia, cuando el peligro que lo motivó desaparece. Para nosotros, basta y sobra con que se diga «el hombre que arrostra un peligro inminente y cierto puede hacer testamento, expresando su última voluntad ante dos testigos, de cualquier manera que perpetuarse pueda aquella disposición, con tal que se acredite la autenticidad, la verdad real de lo que como tal testamento se legalice antes de la ejecución de aquella voluntad postrera». Ya comprendemos que es preciso dar reglas para cada caso, y mejor dicho, para cada especie de peligrosas situaciones para designar las autoridades que hayan de significar los primeros extremos de la legalización de un otorgamiento en tales condiciones; pero aún cuando no las hubiera, por intuición, aplicariamos las más afines, las que al testamento militar se dedicaban desde los más remotos tiempos, así es que no debe extrañarnos que el derecho romano, en la Ley 1.ª, pár. 1.º tít. 13, lib. 37 del Digesto, se concretase á ordenar que los Pilotos y Capitanes de la Armada, los remeros y marineros pudieran testar por derecho militar, pues á los mismos se les equiparó; y la costumbre y la ley venía en nuestra pátria equiparándolos hasta hoy, pues no otra cosa hace el art. 4.º, tit. 6.º, tratado 6.º de las Ordenanzas de la Armada de 1748, al prevenir que se puede testar de palabra ó por escrito, ante dos ó tres testigos, concurriendo al acto si fuese posible el contador del bajel ó el que ejerce sus funciones. Véase, pues, como el art. 722 que comentamos tiene sus

histórico-jurídicos, por más que haya publicista que lo contrario
ın equivocadamente como sustenta otros asertos.
ás, el Código de Comercio, en su art. 612 tiene una regla que es la décima
ıe, entre las obligaciones inherentes al Capitán, consigna la de poner
recaudo y custodia todos los papeles y pertenencias del individuo de
ulación que falleciere en el buque, formando inventario detallado, con
cia de los testigos pasajeros, ó en su defecto tripulantes: lo cual indu-
ente dá á entender que se les reconoce á los Capitanes de los buques
ad bastante para ejercitar y practicar las primeras diligencias de la pre-
ión de un *ab intestato*, y por consiguiente aún sin los preceptos termi-
es de las Ordenanzas de la Real Armada antes citados, no podria menos
conocerseen el Capitán de un buque autoridad para intervenir en un
mento marítimo como autorizante.
especto de los testigos, no estamos conformes con que en la regla décima
rt. 612 que del Código de Comercio acabamos de transcribir, haya equi-
ción ó errata de imprenta al decir *los testigos*, en vez de *dos testigos*; cree-
que, tal cual está escrito, es como quiso redactarse, y está perfectamente
esto significa que han de ser cuando menos dos testigos, pero sin que
sean más.
l Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 578, y el de 1882, en su ar-
o 720, proponian preceptos análogos, si bien el último Proyecto es el que
concuerda con el artículo que comentamos.
ncontramos concordancias entre el artículo que nos ocupa y el art. 988
ódigo Francia, el 791 del de Italia, el 988 del de Bélgica, los arts. 3679 y 3683
e la República Argentina, los 3824 y 3825 del de México, 3555 al 3564 del
Baja California, 3824 y 3825 del de Campeche, 1594 del de Luisiana, los
1948 y 1949 del de Portugal, el art. 994 del de Holanda, el 785 del de Gua-
la, los arts. 779 y 785 del de Uruguay, los 1048, 1051 y 1055 del de Chile, y
.

n el citado artículo del Código Francés, como en el Belga, vemos que se
ptúa que: *los testamentos hechos en el mar durante un viaje, podrán
orse: á bordo de los buques del Estado por el Oficial Comandante del
e, ó en su defecto por el que le sustituya en el servicio, uno ú otro conjun-
nte con el Oficial de Administración, ó con el que haga sus veces; á bor-
e los buques de comercio, por el Escribiente del buque ó por el que haga
veces, uno ú otro con el Capitán, dueño ó patrón, ó en su defecto por los
les reemplacen: estos testamentos deberán otorgarse siempre ante dos tes-*
. Mientras en el art. 791 del Código de Italia se previene que: *los testa-
tos hechos en el mar, durante un viaje, se otorgarán á bordo de los na-
y demás embarcaciones de la marina militar, ante el Oficial que man-
l barco, juntamente con el Comisario de marina, y en defecto de éstos,*

ante los que hagan sus veces: á bordo de las embarcaciones mercantes, podrán otorgarse ante el Segundo, juntamente con el Capitán ó Patrón, y á falta de éstos, ante quienes hagan sus veces: estos testamentos deberán recibirse siempre en presencia de dos testigos varones y mayores de edad.

Los Códigos de México, Campeche y Baja California, sostienen en los artículos antes citados que los que se encuentren en alta mar á bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra ó mercante, pueden también testar bajo la forma privada, sujetándose á las prescripciones siguientes: El testamento marítimo será escrito á presencia de dos testigos y el Comandante del navío; y será leído, datado y firmado en la forma que se previene para el testamento abierto; pero siempre lo firmará el Comandante y los testigos. Y el Código de la República Argentina prescribe que los que naveguen en buque de guerra de la República, sean ó no individuos de la oficialidad ó tripulación, podrán testar ante el Comandante del buque y tres testigos, de los cuales, dos á lo menos, deben saber firmar, fechándose dicho testamento, y extendiéndose un duplicado con las mismas fechas que el original. Mas, en los buques mercantes bajo la bandera Argentina, se podrá testar en la misma forma que en los buques de guerra, haciéndose el testamento ante el Capitán, su Segundo ó el Piloto, observándose en lo demás lo dispuesto para los testamentos hechos en buques de guerra.

Art. 723. El testamento del Contador del buque de guerra y el del Capitán del mercante serán autorizados por quien deba sustituirles del cargo, observándose para lo demás lo dispuesto en el artículo anterior.

Es natural que esto suceda, pues si el que debía autorizar el testamento es el que lo otorga, necesariamente deben intervenir como autorizantes los que lo sustituyan en su cargo, cumpliéndose por lo demás las formalidades prevenidas en el artículo anterior; pues en este artículo sólo se trata de prever el caso de que no puedan asumirse en una misma persona las condiciones de autorizante y otorgante; y así como en cualquier época el Notario que quiera otorgar testamento ha de efectuarlo ante otro Notario que lo autorice, como en cada buque de guerra no hay más que un Contador, y en los mercantes no existe más que un Capitán, es preciso que los que le reemplacen en el ejercicio de su cargo, sean los que autoricen la última disposición de la Autoridad que dentro de cada buque está llamada á servir de autorizante en los testamentos que dentro de la nave se otorgaren en los casos especiales á que la ley se refiere; en todo lo cual estaban conformes no sólo cuanto proponía el Proyecto de Código de 1851, en su art. 579, sino lo que después propuso el Proyecto de Código de 1882, en su art. 721.

Encontramos concordancias con el precepto de nuestro artículo, en el 969 del Código de Francia, en el 792 del Código de Italia, en el 989 del Código de Bélgica, en el 780 del Código de Uruguay, en el 1950 del de Portugal, en el 3898 del de Campeche, en el 3557 del de la Baja California y el 3828 del de México, todos lo cuales, como otros varios que prolijo sería enumerar, sustentan los mismos principios que el nuestro, aunque expuestos con diferente redacción.

Art. 724. Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el Comandante ó por el Capitán, y se hará mención de ellos en el Diario de navegación.

La misma mención se hará de los ológrafos y los cerrados.

También el precepto de este artículo es equitativo y justo, por cuanto siendo el Comandante ó el Capitán el que dentro de un buque substituye en su misión al Notario, nada más natural y justo es que los guarde y conserve en su poder, como lo hacen éstos en tierra; y que el *Diario de Navegación*, que es donde se consignan las operaciones más importantes que se efectúan dentro del buque desde que abandona el puerto, sirva de protocolo que queda á la disposición del Comandante ó del Capitán respectivamente, sin perjuicio de que en tiempo oportuno se legalice en la forma ordinaria el testamento especial hecho por causa de peligro dentro de un buque; y aún cuando en esos momentos azarosos difícil ha de serle al Jefe de la nave dedicarse materialmente á la autorización de los testamentos, puesto que la dirección de las maniobras para procurar el salvamento ha de ocuparles más que nada, no cabe duda que esas autoridades son las que están llamadas á recibir y conservar dichas últimas disposiciones haciéndolas constar en el *Diario de Navegación*; consignando también del mismo modo los testamentos ológrafos y cerrados.

No es nuevo en nuestra patria el precepto que comentamos, pues ya el tratado de las Ordenanzas de 1748, prevenía que cada Contador de bajel de la armada debe tener un libro en que escriba los testamentos, y en la Real orden de 14 de Agosto de 1751 se prevenía, que los testamentos originales á bordo deben ser guardados por el Oficial de Ordenes, para los fines que previene la Ordenanza, y la copia debe guardarla el Contador del navío, con la apuntación que éste debe hacer en el libro. Y aquí podemos también recordar el precepto de la Regla décima del art. 612 del Código de Comercio hoy vigente, en que se señalan las obligaciones del Capitán, respecto á la custodia de los papeles y pertenencias de los individuos que fallecieran en el buque, formación de inventario, etc.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 580, y el Proyecto de 1882 en su artículo 723, propusieron preceptos análogos; y concordancias vemos en los artículos 3680 del Código de la República Argentina, 1049 del Código de Chile,

795 del Código de Italia, 1952 del Código de Portugal, 3827 del Código de México, 3558 del Código de la Baja California y 3827 del Código de Campeche; expresándose en estos últimos, que el testamento marítimo deberá ser hecho por duplicado, conservado entre los papeles más importantes de la embarcación y mencionado en su diario.

Otros varios Códigos como el Francés en su art. 993 y el de Colombia en su art. 1106, se ocupan de este particular, pero como quiera que los principios por los mismos sustentados, son idénticos á los que en nuestro Código se sostienen, inútil sería detenernos en hacer consideraciones sobre aquéllos.

Art. 725. Si el buque arribase á un puerto extranjero donde haya Agente diplomático ó consular de España, el Comandante del de guerra, ó el Capitán del mercante, entregará á dicho Agente copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento ó del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que lo firmaron; en otro caso será autorizada por el Contador ó Capitán que hubiese recibido el testamento, ó el que haga sus veces, firmando también los que estén á bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático ó consular hará extender por escrito la diligencia de entrega, y, cerrada y sellada la copia del testamento ó la del acta del otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministro de Marina, quien mandará que se deposite en el archivo de su Ministerio.

El Comandante ó Capitán que haga la entrega recojerá del Agente díplomático ó consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ella en el Diario de navegación.

Varios preceptos contiene este artículo en el que minuciosamente se trata de cuanto debe hacerse con los testamentos marítimos á la arribada del buque á un puerto extranjero donde haya Agente Diplomático ó Consular de España; y aunque parezca á primera vista que largo ha de ser también el comentario y difícil el explicar los puntos diversos que contiene, nada más en contrario que esto suceder debe, por cuanto siendo preceptivo y de carácter más procesal que sustancial cuanto en el mismo se ordena, y estando por otro lado clara y expresiva su redacción, nada más fácil hay que cumplir los preceptos que dicho artículo contiene.

Las arribadas de los buques pueden tener lugar á puertos extranjeros y á puertos del Reino; de estos últimos se ocupa el artículo siguiente; de cuando el buque arriba á un puerto extranjero se ocupa el artículo que comentamos: más en estos puertos extranjeros puede haber Agente Diplomático ó Consular de España, y pudiera no haberlo; ocurriéndose en este caso la duda acerca de lo que deberá hacerse: pues bien, para solventar esta dificultad, se hace preciso tratar ante todo de lo que es preciso hacer cuando un buque arriba á un puerto extranjero donde nuestro Gobierno tiene representación. En este caso es cuando segun el artículo que comentamos, el Comandante del buque de guerra, ó el Capitán del mercante debe entregar á dicho Agente Diplomático ó Consular de España, copia del testamento abierto ó del acta del otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el *Diario de Navegación.*

La forma en que esto se ha de hacer la prescribe el apartado 2.° del artículo que nos ocupa; con las firmas que el original tiene, si viven ó están á bordo los qué lo firmaron deberán darse tales copias, y si esto no fuese posible serán autorizadas por el Contador ó Capitán que hubiere recibido el testamento, ó el que haga sus veces.

Las funciones del Agente, Diplomático ó Consular se reducen á extender, por escrito, diligencia de la entrega, y una vez cerrada y sellada la copia del testamento abierto ó del acta del cerrado, ha de remitirla con la nota del *Diario* por la vía Diplomática al Ministro de Marina, quien mandará se deposite en el archivo de su Ministerio; indudablemente con el mismo objeto que se llevan al Ministerio de la Guerra los testamentos de los militares, de lo cual nos ocupamos ya oportunamente.

De la entrega recoge el Comandante ó Capitán del buque respectivo el correspondiente recibo ó certificación que le librará el Agente á quien lo entregó, tomando nota de haberlo así efectuado en el *Diario de Navegación*, pues todos sabemos que en este *Diario* se consignan cuantos accidentes ocurren en los buques, y de él se deduce la fiel y detallada historia de cada nave.

Antes de hacer indicación alguna acerca de las concordancias que el precepto que nos ocupa puede tener con diferentes Códigos extranjeros, hemos de significar que, en nuestro concepto, la última parte del apartado tercero del artículo que comentamos no tendría razón de ser si se refiriese al caso de fallecimiento del testador, pues entonces en lugar de prevenir que el Ministro de Marina mandará que se deposite el testamento en el archivo del Ministerio, deberá preceptuar, como lo hace el art. 718 de este mismo Código en relación al testamento militar, que si el testador hubiere fallecido, el Ministro remitirá el testamento al Juez del último domicilio del finado, á fin de que, bien dicho Juez, si se conociera cual fuese el competente, bien el Decano de los Jueces de Madrid en otro caso, cite de oficio á los herederos y demás interesados en la sucesión, pues de este modo podría cumplirse la voluntad

del testador, mientras que si simplemente se depositase en el archivo del Ministerio, la eficacia de aquel testamento será ilusoria. Así es que nosotros estamos mucho más conformes con lo que previene el art. 991 del Código de Francia en el que se vé que, de acuerdo en un todo con los demás preceptos que el nuestro consigna, sobre este particular es más lógico, puesto que prescribe, entre otras cosas, que el Ministro de Marina en cuanto reciba el pliego ó el testamento del Cónsul correspondiente, lo hará depositar en la Secretaría del Juzgado de Paz del pueblo en que esté domiciliado el testador (dice dicho Código Francés), si bien nosotros creemos debiera haber expresado del último domicilio del testador; pero de todos modos dicho artículo y sus concordantes de aquel Código vienen á demostrar, como se demuestra en los mismos artículos del Código Belga, que lo esencial aquí es que el testamento llegue al pueblo donde resida la familia del testador, á fin de que pueda ejecutarse su última disposición; cuya idea y cuyos principios se ven desenvueltos admirablemente en los arts. 796 y 797 del Código de Italia, en los que después de tratar del testamento marítimo y la arribada á puerto extranjero en que haya Agente Diplomático ó Consular de aquel Reino, y ordenadas las reglas que han de seguirse en tales casos, viene á concluir previniendo que los Agentes Diplomáticos ó Consulares remitirán dicho testamento al Ministro de Marina, quien ordenará el depósito de uno de los originales en sus archivos y remitirá el otro á la Secretaría del Juzgado de Paz del pueblo en que estuviése domiciliado, ó haya tenido la última residencia el testador.

Nótase por lo tanto más claridad en los preceptos que acabamos de indicar de algunos Códigos extranjeros, porque tratando en conjunto y preveyendo á la vez los dos casos de que el testador no llegare á fallecer, y el del fallecimiento de éste, provee el Código de Italia en sus arts. 796 y 797 á las necesidades de uno y otro caso de manera admirable, mientras que en nuestro Código se observa cierta confusión á primera vista por encontrarse separados preceptos que debian estar juntos; pues desde el momento en que se relaciona este art. 725 con el 727 se vé de un modo claro y palpable que el art. 725 se circunscribe al caso en que el testador no ha fallecido, y por esto nada tiene de particular que se ordene en el mismo el depósito del testamento en el archivo del Ministerio de Marina; mientras que el art. 727 se refiere al caso en que el testador hubiere fallecido, practicándose entónces por el Ministerio de Marina las mismas diligencias que se prescribieron en el art. 718 con relación al Ministro de la Guerra para el testamento militar.

Análogos preceptos encontramos en los arts. 1953 al 1957 del Código de Portugal, en el 1050 del de Chile, en el 3681 del de la República Argentina, donde se dice que el Agente remitirá un ejemplar del testamento al Ministro de Marina para los efectos que se ha dispuesto respecto del testamento militar: concordando tambien el art. 917 del Código de Nápoles, los arts. 3828 al 3831 del

de México, 3559 al 3562 del de la Baja California, y 3828 al 3831 del de Campeche, cuyos preceptos, siendo idénticos los de estos tres Códigos, no podemos menos de transcribir íntegros, como los ya citados de Italia y de la República Argentina, por la importancia que revisten. Dicen los Mexicanos aludidos lo siguiente:

Art. 3827. El testamento marítimo deberá ser hecho por duplicado, conservado entre los papeles más importantes de la embarcación y mencionado en su diario.

Art. 3828. Si el buque arribase á un puerto en que haya cónsul ó vicecónsul mejicano, el comandante depositará en su poder uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado, con una copia de la nota que debe constar en el diario de embarcación.

Art. 3829. Arribando ésta á territorio mejicano, se entregará el otro ejemplar ó ambos, sino se dejó alguno en otra parte, á la autoridad marítima del lugar, en la forma declarada en el artículo anterior.

Art. 3830. En cualquiera de los casos mencionados en los dos artículos precedentes el comandante de la embarcación exigirá recibo de la entrega y lo citará por nota en el diario.

Art. 3831. Los cónsules ó las autoridades marítimas levantarán, luego que reciban los ejemplares referidos, una nota de la entrega, y la remitirán con los citados ejemplares á la posible brevedad al Ministerio de Relaciones, el cual hará publicar por los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

Dicen los de Italia:

Art. 796. Si el buque arribase á un puerto extranjero en que haya Agente diplomático ó consular del Reino, los que hayan recibido el testamento estarán obligados á entregarle uno de los originales y una copia de la mención hecha en el diario del buque y en el rol de la tripulación.

Al volver el buque al Reino, bien sea en el puerto de matrícula ó en otro cualquiera, los dos originales del testamento, ó el que quede, en el caso de haber sido depositado el otro durante el viaje, serán entregados á la Autoridad marítima local, con la copia de la anotación mencionada.

Se dará un recibo de la entrega ordenada en el presente artículo, mencionándola al margen de la indicación escrita en el diario y rol expresados.

Art. 797. Los Agentes diplomáticos ó cónsules y las Autoridades marítimas locales, deberán firmar un acta de la entrega del testamento, remitiendo todo ello al Ministro de Marina, el cual ordenará el depósito de uno de los originales en sus archivos, y remitirá el otro á la Secretaría del Juzgado de paz del pueblo en que estuviese domiciliado ó haya tenido la última residencia el testador.

Dice el art. 3681 del Código de la República Argentina:

—Si el buque, antes de volver á la República, arribare á un puerto extranjero en que haya un Agente diplomático ó un Cónsul argentino, el comandante entregará á este Agente un ejemplar del testamento, y el Agente lo remitirá al Ministro de Marina, para los efectos que se ha dispuesto respecto al testamento militar. Si el buque volviese á la República, lo entregará al capitán del puerto, para que lo remita á iguales efectos al Ministerio de Marina.



Mas, ¿cuándo no hay Agente consular en el puerto á que arriba el buque, que se hará? Se observa en nuestro Código, como en muchos extranjeros que hemos examinado, que nada dicen respecto á la arribada á un puerto donde no haya diplomático ó consular de la Nación á que corresponde el buque; y esto es porque como el objeto de la entrega al Agente ó representante del país de la matrícula de una nave arribada, se reduce á dar parte al Gobierno de su Nación, cuando la arribada tuviere lugar en un puerto que careciese de aquella representación, no hay que practicar diligencia alguna, por cuanto no se dispone de medios de comunicación oficial. De manera, que en esto vienen á estar conformes la mayor parte de los Códigos modernos: sin embargo, así el Código de Campeche, en su art. 3833, como el de la Baja California, en el 3564, y el de México, en su art. 3833, preceptúan que si el testador desembarca en lugar donde no haya Agente consular, y no se sabe si ha muerto ni la fecha del fallecimiento, se procederá conforme á lo dispuesto en el tít. 13 del lib. 1.° de aquellos Códigos, que trata de los ausentes é ignorados.

Art. 726. Cuando el buque, sea de guerra ó mercante, arribe al primer puesto del Reino, el Comandante ó Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, á la Autoridad marítima local, con copia de la nota tomada en el Diario; y, si hubiese fallecido el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la Autoridad marítima lo remitirá todo sin dilación al Ministerio de Marina.

Si cuando el buque llega á un puerto del extranjero donde tenemos Agente diplomático ó consular, hay que dar conocimiento y copia del testamento y de la nota del *Diario de Navegación*, lógico es que se entregue el testamento original á la autoridad marítima correspondiente cuando se arribe al primer puerto del Reino, á los efectos del artículo anterior, pues si el objeto es ejecutar la última voluntad del testador, de ningún modo se efectuará mejor que elevándolo al Ministerio de Marina por conducto de las autoridades para ello competentes, al objeto, no de su archivo, sino de quedar certificación en sus archivos, y remitirlo al Juez competente del último domicilio del testador.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 582 y el Proyecto de 1882 en su artículo 725 proponían preceptos análogos, y concordancias encontramos en los arts. 992 del Código de Francia, 796 y 797 del Código de Italia, 992 del Código Belga, 782 del Código de Uruguay, 1954 al 1956 del Código de Portugal, 1050 del de Chile, 3831 del de Campeche, 3562 del de la Baja California, 3831 del de México, y otros varios.

Art. 727. Si hubiese fallecido el testador y fuere abierto el testamento, el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el art. 718.

Evidente es que los testamentos no se ejecutan ni se publican de ordinario hasta la muerte del testador, y por ello sólo cuando ésta tenga lugar es cuando ha de efectuarse lo que el art. 727 que de nuestro Código comentamos previene, complementándolo con las prescripciones que en el art. 718 se dan para los testamentos militares; es decir, que en este caso, y no en el del apartado tercero del art. 725, es cuando el Ministro de Marina ha de remitir el testamento al Juez del último domicilio del finado, ó de no ser conocido éste, al Juez Decano de Madrid para la citación de los interesados en la herencia; quedando exclusivamente dedicada la prescripción anteriormente citada del párrafo tercero del art. 525 á los casos en que, hecho el testamento, no hubiera fallecido el testador.

Una prescripción análoga se encuentra en el art. 582 del Proyecto de 1851 y en el art. 726 del Proyecto de Código de 1882, viéndose alguna concordancia en el art. 1959 del Código de Portugal y en algunos otros Códigos extranjeros.

Art. 728. Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Marina remitirá el testamento al de Estado, para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda.

Justo é inconcuso es este precepto; tanto, que por su simple lectura se explica perfectamente: es más, obedece á un principio de reciprocidad internacional, pues del mismo modo que debe darse parte por la via diplomática de cualquier testamento que un extranjero haga en un buque español al gobierno del país del otorgante, deberá hacerse por los extranjeros relativamente á los testamentos otorgados por españoles bajo las banderas de buques de otras Naciones.

El art. 727 del Proyecto de Código Civil de 1882 proponia preceptos análogos.

Art. 729. Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciere el testador, el Comandante ó Capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregará á la Autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del Reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si lo conservaba en su poder el testador al tiempo de su muerte.

Trátase en este artículo del testamento ológrafo y del cerrado, con lo cual se dá á entender que los anteriores artículos se referian principalmente al testamento abierto: y sin que sigamos la torcida senda emprendida por uno de los publicistas españoles que más ha criticado la redacción de este Código, hasta en sus preceptos más justos y equitativos, hemos de sostener que el testamento ológrafo puede hacerse exactamente lo mismo que el cerrado, sin más que seguir las prescripciones dadas para el mismo, tanto en tiempo normal como durante la anormalidad de la guerra ó de los peligros que en un viaje marítimo podían ofrecerse. Por esto creemos perfectamente lógico lo que preceptua el art. 729 que comentamos, y perfectamente valedero el testamento ológrafo del testador que durante un viaje marítimo falleciere, cuyo testamento si lo llevare consigo el finado, deberá recogerlo para su custodia el Comandante del buque de guerra ó el Capitán de la nave mercante donde tuviere lugar el fallecimiento, haciendo mención de ello en el *Diario de Navegación* y entregandolo á la autoridad marítima local cuando el buque arribe al primer puerto del reino, para que mandándolo al Ministro de Marina pueda remitirlo al Juzgado competente del último domicilio del testador, si lo conociere, ó al Decano de los Jueces de Madrid para que cite á los sucesores, si el testador fuere español, ó sea remitido por la via diplomática al Gobierno del país á que perteneciese el testador, para que por aquél se le dé el curso correspondiente. Y esto que se hace según lo que previene el artículo que nos ocupa con relación al testamento ológrafo del que fallece en un viaje marítimo, debe hacerse igualmente respecto del militar que falleciere en campaña bajo un testamento ológrafo que se encontrare en poder del finado, dirigiéndolo por el Cuartel general al Ministro de la Guerra para la citación oportuna de los que resultaren herederos, y formalización del mismo. Lo demás es desconocer la naturaleza del testamento ológrafo, puesto que pudiendo efectuarlo lo mismo el militar que el marino que el que viaja en un buque de guerra ó mercante sin necesidad del otorgamiento del acta que para el cerrado se necesita, á cualquiera que, fallecido por consecuencia de uno de esos peligros á los que se refieren los testamentos especiales, se le encuentra en su poder un testamento ológrafo, no ha de considerársele de peor condición que al que en la normalidad de la vida fallece habiendo expresado su última voluntad en un testamento ológrafo. Por eso, pues, no necesitaba el legislador consignar este precepto al hablar del testamento militar, por cuanto si al militar se le admite en el momento del peligro cualquier clase de testamento, hasta el hecho de palabra ante dos téstigos, no podia negársele en manera alguna el testamento ológrafo bajo el cual puede fallecer fuera de campaña.

Ya hemos dicho que el testamento cerrado marítimo, si lo conservare en su poder el testador al tiempo de su muerte, dará lugar á los mismos trámites que el art. 729 de este Código que nos ocupa señala para el testamento oló-



grafo; es decir, que la misma autoridad del buque, encargada por las Ordenanzas de la Armada, por el Código de Comercio y por la Ley de Enjuiciamiento militar respectivamente, de la prevención del abintestato, recojer debe el testamento cerrado que conservaba en su poder el testador al tiempo de su fallecimiento, al objeto de remitirlo por conducto de la autoridad marítima local del primer puerto del Reino donde arribe al Ministerio de Marina, para los efectos consiguientes, haciendo mención de todo ello en el *Diario de Navegación*, y el Ministro de Marina efectuará lo que previene el párrafo tercero del art. 718 respecto del testamento militar en su relación con el párrafo segundo de dicho artículo; pues, si bien tal prescripción se refiere al Ministro de la Guerra, por analogía deben entenderse tales preceptos con el Ministro de Marina, cuando se trata de testamentos marítimos.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 728, proponía preceptos análogos; y relación tiene el artículo que nos ocupa con los preceptos de los arts. 678 y 680 de este mismo Código, sin que puedan designarse verdaderos precedentes, ni más concordancias que las que anteriormente hemos significado, con relación á los Códigos de Mexico, Campeche, Baja California, Chile en su art. 1054, y el de la República Argentina en sus arts. 3682 y 3683.

Art. 730. Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados con arreglo á lo prevenido en esta sección, caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria.

Para que se vea la relación armónica que el Código establece entre sus artículos 719 relativo al testamento militar y el 730 que ahora nos ocupa referente al testamento marítimo, encontramos que, hasta la caducidad de los referidos testamentos que por razón de un peligro se otorgan especialmente, viene á prefijarse en un plazo de cuatro meses, tanto con relación al marítimo como al militar. De modo, que el término es idéntico, y la cesación del peligro se viene á determinar en el militar desde que dejó la campaña, y en el marítimo dejó el buque ó desembarcó; señalándose desde estas respectivas fechas de dejar la campaña ó desembarcar, los cuatro meses que uno y otro artículo prescriben. Y aunque nosotros somos partidarios de que desde el momento en que cesa el peligro, debe cesar la eficacia del testamento especialmente otorgado por razón de aquella anormalidad, no rechazamos tampoco en absoluto ese período de cuatro meses que nuestro Código concede, porque bien comprendemos que los azares de la guerra y de los largos viajes marítimos, exijen las más veces un descanso para reorganizar los asuntos, y rehabilitar el espíritu torturado por aquellos mismos peligros.

Pero obsérvese bien: el art. 730 que nos ocupa, al tratar de esta caducidad,

nada expresa respecto á los testamentos ológrafos, y se circunscribe á los abiertos y cerrados otorgados con arreglo á las prescripciones de esta sección octava; lo cual indica bien claramente lo que antes sosteníamos nosotros, es decir, que el testamento ológrafo redactado en la forma que la ley previene para los mismos, con las fechas, el lugar, el papel y escrito de puño y letra del testador, tan valedero es en la normalidad de la vida como en las épocas más anormales y azarosas porque el hombre pasa; y por esto si al que fallece en la paz de su casa, como al que muere en un combate y al que sucumbe por la fuerza del mar, se le encuentra un testamento ológrafo, será perfectamente valedero si se ha efectuado en la forma prevenida en la sección cuarta de este título, no podrá menos de tener validez cuando después del fallecimiento del testador se eleva á escritura pública y se protocoliza el referido testamento.

El Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 583, proponía preceptos análogos con alguna variante, puesto que la caducidad del testamento la prefijaba á los tres meses; mas el art. 729 del Proyecto de 1882, es tan idéntico al artículo que nos ocupa, que parece copia el uno del otro.

Concordancias encontramos en el art. 996 del Código de Francia según el que la eficacia del testamento no dura más que tres meses siguientes al desembarco en el caso de que el testador muera á bordo; con lo cual está conforme el art. 798 del Código de Italia y el 996 del Código de Bélgica, que conceptúan caducada la fuerza del testamento marítimo á tres meses desde el desembarque.

El art. 1958 del Código de Portugal, limita el término de caducidad del testamento marítimo á un mes, como sucede con el Código de Campeche en su art. 3832, con el Código de la Baja California en su art. 3563, y con el Código de México en su art. 3832; mientras que el Código de Chile, copiando en esto al Italiano, al Francés y al Belga, en su art. 1052 extiende dicho término de caducidad á tres meses ó sean noventa días, como sucede con el Código de la República Argentina en su art. 3684, y el de Nápoles en su art. 922, elevando dicho plazo á seis meses ó sean ciento ochenta días el Código de Uruguay.

Art. 731. Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable á las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra ó mercantes lo dispuesto en el art. 720.

Aunque según indicamos, ya, difícil es que en el peligro de un naufragio, los Jefes del buque que se hallaren en tan azarosas circunstancias puedan tener el tiempo necesario para autorizar testamentos especiales, por cuanto dicho tiempo lo necesitan precisamente para luchar por la vida con la fuerza de las olas y la naturaleza del mar; por circunstancias imprevistas, colocado en

cierta situación, este Código no ha querido mermar los medios de disponer para después de la muerte, y por ello, relacionando el caso del marino en inminente peligro de naufragio, con el del militar en el de la no menos peligrosa situación que se coloca durante una batalla, un asalto, un combate ó cualquier acción de guerra, ha establecido que quien bajo la influencia de tales peligros inminentes se vé colocado, pueda tratar de palabra sin más que comunicar su deseo ó su voluntad postrimera ante dos testigos; y esto lo ha concedido tan extrictamente, en razón al mencionado peligro inminente, que desde el momento en que de éste se salva el testador, desaparece la eficacia del expresado testamento; de manera que aqui, en el caso á que nos referimos, la caducidad coincide con la desaparición de aquel inminente peligro, no tiene en manera alguna el plazo antes indicado de cuatro meses para la eficacia de otros testamentos también especiales pero otorgados con más formalidades y sin nacer de peligros tan inmediatos é inminentes, aunque bajo la impresión del peligro que ordinariamente se corre desde que se entra en campaña; así es que, en estos casos á que se refieren los arts. 720 y 731 del Código que comentamos, aunque el testador falleciere por efecto de aquel peligro inminente que le indujo á testar de palabra ante dos testigos, tal testamento seria ineficaz si los testigos que oyeron del testador su última voluntad no la formalizasen concluida la batalla, asalto ó combate ante el Auditor de guerra ú otro funcionario de justicia que siguiese al ejército, remitiéndola lo antes posible al Cuartel general, y éste al Ministro de la Guerra para los efectos del apartado 2.° del art. 718; es decir, para que remitido el testamento al Juez del último domicilio del testador, ó de no conocerse, al decano de los Jueces de Madrid, para la citación de oficio á los herederos y demás interesados en la sucesión; lo cual está perfectamente relacionado con lo que previenen los arts. 2.° y 3.°, tit. 6.°, tratado 3.° de las Ordenanzas de la Real Armada de 1748.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 577 y el Proyecto de 1882 en su artículo 730 proponían preceptos análogos; sin que la mayoria de los Códigos extranjeros se hayan ocupado detenidamente del particular.

SECCIÓN NOVENA

DEL TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO

Art. 732. Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

También podrán testar en alta mar, durante su navegación

en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca.

Podrán asímismo hacer testamento ológrafo con arreglo al artículo 688 sin el requisito de papel sellado, aún en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

Los preceptos que contiene este articulo son de facil comprensión y proveen á las necesidades que el movimiento de la época crea con los continuos y largos viajes, que ya por el comercio, tan generalizado hoy, ya por otras razones atendibles siempre se hacen precisos; por esto el legislador, preveyendo el caso de que los españoles tengan que hacer testamento fuera de nuestra nación, les faculta para ello y conceptúa válidos sus testamentos aunque sea indispensable sujetarse á las formas establecidas por las leyes del pais en que se hallen: así es que el español que hace su testamento en Francia debe efectuarlo con arreglo á las leyes procesales de dicha nación; el que lo hace en Alemania, sujetarse debe á las leyes de procedimiento de aquel pais, siguiendo el conocido principio de *locus regit actum*; asi lo reconocen la mayor parte de los tratadistas de derecho internacional privado; si bien puede asi mismo acudirse ante el Cónsul del pais de su nacimiento y haciendo de Notario tal representante de la Nación á que pertenece, otorgar ante el mismo su testamento con sujeción á las disposiciones legales de su pais. Asi mismo el español que viaja en un buque extranjero puede en alta mar otorgar testamento durante su navegación con arreglo á las leyes del país á que pertenezca el buque, lo cual es muy lógico, puesto que desde el momento en que uno se embarca bajo una bandera determinada, ha de sujetarse á la legislación del pais bajo cuyo pabellón nacional se ampara.

Viene luego el tercer apartado del art. 732, que de nuestro Código comentamos, en el cual se preceptúa que podrá el Español hacer testamento ológrafo con arreglo á lo prevenido en el art. 688 de este mismo Código, sin el requisito del papel sellado, aun en los paises que dicho testamento no sea admitido por las leyes. Disposición es ésta que, quizás, sea incomprensible para algunos, ó en la que otros observen contradición palmaria con el principio antes evocado *locus regit actum*; pero realmente no hay tal contradicción y es perfectamente lógico el precepto contenido én este apartado tercero del artículo que nos ocupa, porque si bien al hacerse un testamento en el extranjero, deben observarse las leyes rituales del pais en que se efectúa, toda vez que lo que antes se llamaba estatuto formal, y hoy ley del domicilio, obliga á todo aquel que en la localidad se encuentra, esto se refiere sólo á las leyes prohibitivas en cuanto al derecho sustantivo; á las leyes de orden público en cuanto al orden de cada nación, y á las leyes adjetivas ó sea en las fórmulas y procedimiento usa-



do en cada pais para la práctica y desenvolvimiento de los derechos de ciudadano: asi es, que, como el testamento ológrafo no necesita formularismo ni condiciones extrínsecas que cumplir, hasta que acaece la muerte del testador y se eleva á escritura pública para protocolizarlo inmediatamente y proceder á su ejecución, debiendo hacerse esto en el ultimo domicilio legal del testador, es evidente que puede otorgarse el testamento ológrafo con sujeción á las reglas del art. 688 por un español, cualquiera que sea el pais donde se encuentre, y que si bajo este testamento falleciere, tendrá perfecta eficacia aunque en el pais en que se otorgó no se admitiese dicho testamento ológrafo pues admitiendo la diferencia de las leyes del pais donde deben ser ejecutadas las disposiciones últimas, *lex fori* ó las leyes del punto donde radican los bienes inmuebles *lex rei sitæ*, no puede menos de comprenderse que por más que se haya debatido, acerca de este punto, cumplidas las formalidades que nuestro Código exige para los testamentos olografos, es perfectamente válido el que otorgue un español en cualquier parte donde se encuentre, si bien puede prescindirse del requisito del papel sellado, pues no es fácil que fuera de nuestra patria pueda encontrar el testador papel de esta clase que sólo se expende en nuestra nación como efecto estancado por la misma. Se dirá, tal vez, que en este caso sale favorecido el español que hace un testamento ológrafo en un pais extranjero y goza más libertad que dentro de su mismo pais, puesto que puede usar un papel cualquiera, mientras que dentro de la nación española tiene necesariamente que sujetarse al uso del papel sellado; pero esto ni implica una mejor situación en cuanto al gasto del papel que debia emplearse, por cuanto, en nuestro concepto debe ser reintegrado al elevar á escritura pública dicho testamento, ni tampoco significa otra cosa que la imposibilidad del uso en el extranjero de un papel de que no puede disponerse.

Otra dificultad tocan algunos, no ya respecto del testamento ológrafo, sino respecto de todos los testamentos hechos por español en pais extranjero á que se refiere este art. 732, y esta dificultad consiste para algunos en si los testamentos otorgados en el extranjero, bien con arreglo á las formas exigidas en el pais donde se otorguen, bien ante el cónsul, supliendo al Notario, bien ológráficamente, tendrán eficacia definitiva si el testador asi lo quisiere ó si su eficacia ha de conceptuarse meramente provisional, durando solo mientras en el extranjero se encuentre, y careciendo de fuerza desde el momento en que vuelva el español á su pais y pueda hacer su testamento en la forma ordinaria que prescribe este mismo Código en sus secciones primer á la sexta del capítulo 1.°, tit. 3.° de este libro.

Según algunos, y partiendo del supuesto que este testamento hecho en país extranjero es un testamento especial, no tiene fuerza ni valor el otorgado en un pais extranjero, desde el momento en que se regresa á la Nación española; y según otros, el testamento conserva su fuerza y vigor sin que el cam-

bio de domicilio del testador sea bastante á invalidarlo, por cuanto la valid intrínseca de dicho testamento debe apreciarse según lo prevenido en la Ley del domicilio que el testador tuviese en el momento de su muerte.

«Suponen los primeros que; testamento especial y no común, es siempre que otorga todo ciudadano fuera del territorio nacional, sean las que fueren la formalidades que en su otorgamiento observe, porque creen no debe perde de vista que el que como extranjero testa, no está en la integridad de sus dere chos ya que le falta el ejercicio de uno tan esencialisimo como el de ciuda nia, sin el cuál no podría realizar aquel acto si no fuera por el privilegio mút que se conceden las respectivas naciones, armonizando con esa reciprocidad principio jurídico del *locus regit detum*. Al español en el extranjero, como extranjero en Espapa, dicen algunos, no pueden obligar los preceptos de de cho civil privado del país en que accidentalmente se encuentra, mientras haya llenado los requisitos que las leyes exigen para ganar la ciudadania dicho país, porque á ellos no queda sujeto mientras no haya renunciado primitiva nacionalidad, y como si esto hubiese tenido lugar, el carácter de extranjero dejaría de existir, y entonces no tendrían aplicación los precep del Código que á los extranjeros se refieran; siempre que con arreglo á es teste un español en país extranjero, ha de haber el reconocimiento de valid en España de unas formalidades no contenidas en nuestro Código, y este re nocimiento de preceptos extranjeros que jamás han tenido legitimidad ni mado carta de naturaleza en nuestra Nación, no puede en manera algu producir sus efectos en absoluto en todas épocas y circunstancias, sino únic mente en aquellos casos en que por circunstancias especiales deben conv darse, con el fin de no causar un perjuicio mayor cuál sería la privación ejercicio del derecho de testar, al que accidentalmente se encuentra en p extranjero, en ocasión en que quiera y pueda hacer testamento, acto que otra parte no desdeñan de autorizar las leyes del país en que se otorgó, con de observarse en su otorgamiento las formalidades que en las mismas se c tienen. En confirmación pues de este libérrimo é importantisimo derecho testar, se tolera al español que lo ejerza fuera del territorio Nacional, y co para ejercerlo en forma ha de ser con las formalidades que en el pais en qu encuentre se exijan, á fin de evitar nulidades *ab initio* del instrumento, resultarían de exigirse los mismos requisitos que en España, siempre que país del otorgamiento fueran diversas, de aquí que esté muy puesto en ra el precepto de nuestro Código que avisa que los españoles pueden testar en extranjero, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del pais en se hallen.

»Pero insisten los partidarios de esta tésis en que este testato debe siderarse especial y no común, y por tanto su validez, como la de los es ciales debe ser relativa y dependiente del acontecimiento de ciertos hech

porque así inducen á creerlo la lógica y los preceptos mismos del Código Civil. En efecto, dicen, si admitimos que el testamento que otorga el español en el extranjero ha de surtir sus efectos en absoluto siempre, consentimos un atentado contra nuestro derecho constituido, facilitamos un medio muy eficaz para barrenar ese mismo derecho, logramos la mayor esterilidad de todas nuestras disposiciones en materia de testamentos, y ello es obvio, porque le bastará al español para prescindir del Código que regula sus derechos, pasar la frontera y otorgar con arreglo á las leyes Francesas su testamento, regresando despues á su domicilio.

»E insistiendo en su tésis, expresan además que si se tienen en cuenta las disposiciones de nuestro Código y se examina con detención el art. 728, vemos que se admite el que un extranjero pueda testar en buque español, y claro está que si esto se admite, por más que el artículo no lo preceptúe, debe entenderse que tal testamento se otorgará con las formalidades que el derecho fija para los testamentos marítimos españoles, porque español es el pabellón cuya nacionalidad ostenta la nave, españoles los ritos que debe observar el Capitán y su segundo, referentes á la materia, por más que ellos no lo sean, española la matrícula donde está inscrito el buque, y españoles en fin los preceptos que regulan las formalidades que deben observarse con el *Diario de Navegación*; y si esto es así, si el extranjero que se encuentra á bordo de una nave española y quiere testar, no puede hacerlo que no sea sujetándose á los ritualidades que deban observar los facultados para recibirle su declaración de última voluntad, por razón de las circunstancias en que se encuentra, dicho se está que las mismas teorías deberán aplicarse con referencia al español que pretenda testar á bordo de nave extranjera con ocasión de su viaje marítimo, porque las mismas causas no pueden menos de producir los mismos efectos, y si esto se deduce respecto al testamento marítimo, no otra cosa puede deducirse del que haga testamento en continente extranjero: y como el testamento marítimo, no ya el otorgado en buque extranjero por un español, sino aun el otorgado por español en nave nacional, claudica á los cuatro meses contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria, según el art. 730 de nuestro Código, es natural que el testamento otorgado en pais extranjero, por más que se conceptúe válido si se han observado las formalidades del pais donde se otorgó, porque de otra suerte no había términos hábiles de otorgarlo, esa validez debe ser relativa para cierto tiempo y determinadas circunstancias, que no serán otras que las de su permanencia en el extranjero, el fallecimiento en el mismo del testador, ó el transcurso de tiempo de su regreso á España, pasado el cual se considere que pudo haber testado en la forma ordinaria, ya sea modificando su anterior disposición, ya ratificándola.

»Además el párrafo segundo del mismo art. 732 del Código lo dá á enten-

der al establecer que también podrán testar los españoles en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca; porque ¿qué otro testamento será el á que se refiere dicho párrafo, que un testamento marítimo? y si es testamento marítimo ¿podrá darle eficacia absoluta la circunstancia de otorgarlo en buque extranjero, cuando los mismos otorgados en buque nacional no la tienen sino relativa? Esto sería suponer en mejores condiciones á las naves extranjeras, con más idoneidad, con más personalidad española (si se nos permite la frase), que á los buques nacionales».

Así arguyen los que sustentan que el testamento otorgado en el extranjero debe considerarse testamento especial, deduciendo de sus razonamientos que el plazo que debe fijarse para caducar la validez de tal testamento, debe ser mucho menor que el fijado para la del testamento marítimo, siempre que circunstancias independientes de su voluntad no le hayan impedido otorgar nuevo testamento con arreglo á las prescripciones de su país, indicando entre estas circunstancias la de grave enfermedad que, aunque duradera, le llevara al sepulcro si de ella fuere víctima á su regreso, porque alegan, y con razón, que las facultades mentales, por más que se diga, no están en su integridad cuando el cuerpo enferma.

En cambio otros sostienen y con ellos estamos de toda conformidad nosotros, que el testamento otorgado en el extranjero sujetándose á las formas establecidas en el país donde el testador se halle, produce todos sus efectos en absoluto.

Es preciso para discutir, sentar bien los términos de la discusión. El artículo 732 de nuestro Código entraña tres preceptos: el primero relativo al testamento común ú ordinario, ya sea abierto ó cerrado; el segundo referente al testamento marítimo hecho por un español en buque extranjero; y el tercero dedicado al testamento ológrafo; son pues distintos los casos y diferentes por lo tanto las resoluciones.

En el primer caso, cuando el español que se halla en el extranjero hace testamento, puede hacerlo de dos maneras: abierto, y cerrado, ante dos funcionarios, el Agente Diplomático ó Consular de nuestra Nación, el Notario ó depositario de la fé pública del país donde se otorga Si se otorga ante el Cónsul ó el Agente Diplomático, éste suple á nuestro Notario, y supliéndole, autoriza el testamento siguiendo todas las formalidades que en España observamos, si bien puede prescindirse de una circunstancia poco esencial, cual es la vecindad de los testigos; por consiguiente nada hay que desvirtúe su validez, nada que haga dudar de su autenticidad, y por ello válido es, y no puede perder su eficacia más que por la libre y expontánea voluntad del testador en otro testamento posterior expuesta. Decir más sobre esto sería ofensivo para nuestros lectores, y sería contrariar la reciprocidad de derechos internacionales que en

Francia y otros países venimos observando, según decisión del Tribunal de Casación de 6 de Febrero de 1843, 28 de Febrero y 3 de Julio de 1854, y otras varias. Pero si esto no fuese bastante, no tendriamos más que recordar el precepto de los arts. 3635 al 3638 del Código de la Republica Argentina, en el primero de los cuales se dice de modo bien claro y patente, que el testamento hecho por un argentino que se encuentre en el extranjero será siempre válido, aunque vuelva á la República, y en cualquier época que muera. Y el art. 3636 de dicho Código trata de la validez del testamento escrito otorgado en país extranjero por un argentino, ó por un extranjero en el Estado ante un Ministro Plenipotenciario del Gobierno de la República, un Encargado de Negocios, ó un Cónsul y dos testigos argentinos ó extranjeros; pues bien, cualquiera que dude de ello, y de la reciprocidad que implican tales prescripciones, reciprocidad que aunque no se conociese, tendriamos que suponerla porque no hay país que siente tales preceptos sin tener la seguridad de que á los suyos se les ha de tratar de igual manera en el extranjero; cualquiera que tal duda abrigue, acudir puede al Código Argentino para disiparla.

En cuanto al segundo apartado del art. 732, ó sea al testamento marítimo otorgado en buque extranjero durante la navegación por un español, claro está que no puede seguirse la misma regla que en el anterior caso, porque el testamento marítimo siempre es especial, por razón del peligro en que el testador se halla, por consiguiente hágase en buque español ó extranjero, para nosotros debe desaparecer su eficacia en cuanto cesa el peligro que lo motivó.

Respecto del testamento ológrafo, no hay nada que decir, porque á medianamente que se discurra, tiene que dársele eficacia definitiva en cuanto depende de la voluntad del testador; pues en cualquier punto donde dicho testamento se otorgue, como no se necesitan formalidades externas más que para su ejecución, y ésta ha de llevarse a cabo en el último domicilio del testador ó donde radiquen sus bienes inmuebles, si los hubiere, con tal que al presentarlo al Juez competente, con certificación del escrito del testador para que se eleve á escritura pública y se protocolice, se vea que se han cumplido los requisitos del testamento ológrafo, menos en lo relativo al papel sellado, bastará para que se le conceptúe con fuerza y valor de obligar como última disposición.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 585 y el Proyecto de 1882 en su artículo 731, proponian preceptos análogos, si bien en el primero, con un laconismo extraordinario en vez del párrafo primero del artículo que comentamos, decía: *Los testamentos otorgados en país extranjero con las formalidades usadas en el mismo son válidos*; y en cuanto al testamento ológrafo, sin mentar una palabra acerca de si se permitía ó no en el país donde se otorgare, se limitaba á facultar al español para otorgar dicho testamento ológrafo en el extranjero sin el requisito del papel sellado.

Concordancias encontramos entre nuestro Código, respecto de este particular, y los arts. 999 del Código de Francia, en el que se preceptúa que el francés que se encuentra en pais extranjero, podrá hacer sus disposiciones en acta privada, firmada por él, con arreglo al art. 970 del mismo Código ó por acto auténtico con las formalidades admitidas en el pais en que se otorgue, y á mayor abundamiento, se atiende alli á lo prevenido en la Circular del Ministerio de Negocios extranjeros de 22 Marzo de 1834, de conformidad con la cual y con el art. 999 de dicho Código, se han dictado varias sentencias, entre otras las de 28 de Febrero y 3 de Julio de 1854, del Tribunal de Casación francés, en las que se decide que para la validez de un testamento otorgado por un francés en país extranjero, no es indispensable el concurso de un funcionario público, ó sea el Cónsul de su pais, sino que basta se hayan observado las formalidades exigidas en el pueblo donde se otorga para testar solemnemente.

Iguales preceptos encontramos en el art. 999 del Código de Bélgica, y análogas concordancias se ven en los arts. 659 del Código de Vaúd, 1961 del Código de Portugal, 1589 del Código de Luisiana, 1027 del Código de Chile, 790 del Código de Uruguay, 789 del Código de Guatemala, 3834 del Código de México, 992 del de Holanda, 3834 del de Campeche, 3565 del de la Baja California y 3635 del de la República Argentina: debiendo hacer presente que los articulos anteriormente indicados de los Códigos de Campeche, Baja California y México preceptúan que: *Los testamentos hechos en pais extranjero, producirán efecto en el Estado, cuando hayan sido formulados auténticamente, conforme á las leyes del pais en que se otorgaron*; y si bien en una edición publicada en cierto periódico legislativo de España, por error de imprenta indudablemente, se antepuso un *no* á la palabra *producirán*, en el art. 3834 del Código de México leyendo otras ediciones del mismo Código de México y los Códigos de Campeche y Baja California con los que coincide el de México hasta en su redacción y el de Campeche hasta en su articulado, se vé que esta negativa es un verdadero error, y aunque no tuviéramos á la vista Código originario que lo demostrara, bastaria atender al concepto que envuelve dicho articulo para que fuera fácil comprender que ese *no* á que se refiere también cierto publicista, deja de guardar relación con lo demás del artículo; pues si realmente fuera cierto que el Código de México negara eficacia á esos testamentos hechos en el extranjero, no diria, como alguno supone, *los testamentos hechos en pais extranjero no producirán efecto en el Estado, cuando hayan sido formulados auténticamente conforme á las leyes del pais en que se otorgaron*, en vez del verdadero texto que nosotros acabamos de consignar; sino que estaria redactado en la forma siguiente ú otra análoga: *Los testamentos hechos en pais extranjero no producirán efecto en el Estado, aún cuando hayan sido formulados auténticamente conforme á las leyes del pais en que se otorgaron*. Y esto no tendria razón

de ser, puesto que los Estados de la Baja California y Campeche aceptaron el Código puesto en vigor para México en 1.° de Marzo de 1871, y en todo están conformes en virtud de esta aceptación. Pero esto que podria servir de argumento indirecto para el caso de no tener otra edición que la publicada por la *Revista de Tribunales*, no hay para que esforzarse en demostrarlo cuando tenemos á la vista en los tres Códigos citados el precepto que se deja consignado.

El precepto comprendido en el art. 3635 citado del Código de la República Argentina, preceptúa que: *Cuando un argentino se encuentre en país extranjero, está autorizado á testar en alguna de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Este testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva á la República, y en cualquier época que muera.* Cuyo artículo se halla en perfecta relación con los que le siguen hasta el 3638 del mismo Código.

Art. 733. No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el art. 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado.

El precepto de este articulo indica bien á las claras que los testamentos hechos por un español en país extranjero son siempre válidos mientras su voluntad no exprese lo contrario, cuando llenándose las fórmulas extrínsecas que para las últimas voluntades tienen marcadas las leyes del país donde se otorga, no se falta en manera alguna á las circunstancias internas por decirlo así, intrinsecas ó sustanciales del testamento de nuestra patria; así es que con perfecto acuerdo y un excelente criterio, el legislador ha venido á sentar en este articulo, que, prohibidos como están los testamentos mancomunados en nuestra patria por el art. 669 de éste nuestro Código, vedado en el mismo lo que en la esencia perjudica y contraría la naturaleza del testamento atacando indirectamente la sustanciabilidad de sus condiciones intrínsecas, no puede prevalecer en España, por más que ese testamento mancomunado se otorgare en pais donde las últimas disposiciones de tal naturaleza fuesen admitidas, aunque al otorgamiento se atuviese el testador á las solemnidades externas, fórmulas procesales ó ritualismo establecido para los testamentos en la nación donde se otorgó; y esto es obvio, porque así como el testamento hecho por un español en el extranjero no sería válido, si apesar de sujetarse al ritualismo establecido en Francia donde se otorgara, cuando por dicho testamento se dispusiera de los bienes para después de la muerte, de modo contrario al que según las leyes sustantivas de nuestro país podemos disponer los españoles, de la misma manera carecerá de validez el testamento prohibido por nuestro Código, hecho en el extranjero, que aquí no podia efectuarse, apesar de adornár-

sele de las formalidades que las leyes adjetivas de otro pueblo exijen. Y es que en los testamentos hechos en el extranjero tenemos que mirar dos cosas: la ritualidad ó el procedimiento, y la sustanciabilidad ó la esencia del asunto: hay en ellos como en todo una parte interna, por decirlo así, del testamento, ó sea su contenido, que debe atemperarse siempre á las leyes que en uso de su soberanía se dió la nación del testador para regularizar la riqueza pública y la riqueza privada de cada uno de los particulares que componen aquella nación: y hay otra parte en el testamento que pudiera llamarse externa, que se reduce al cumplimiento de las formalidades exigidas para exteriorizar la última voluntad, para darle forma, para enunciarla y hacerla pasar por título legal de donde nazcan derechos y obligaciones al tiempo de su ejecución: estas fórmulas, este ritualismo es el del país donde la voluntad última se expresa, donde el testamento se otorga; y según el principio antes evocado de *locus regit actum* que más bien puede conceptuarse de derecho internacional que de derecho privado, y según la reciprocidad que de ese principio se deduce y que vienen á sostener las naciones todas civilizadas, no queda otro remedio, según el común sentir de las gentes, según los lógicos principios de sinderesis, y según las bases del estatuto formal, que admitir como obligatorias las leyes procesales ó formularias del país donde se lleva á cabo cualquier acto solemne de la vida.

De manera, que habida esa armonía entre las leyes formularias del país donde se ejecuta el testamento y las leyes sustantivas del país de que es ciudadano el testador, esas últimas voluntades son válidas y no pueden menos de prevalecer en cuanto lo permita la ambulatoria volición del que testó, pues bien sabido es que el testamento puede revocarlo en cualquier momento el que lo otorgó. Mas los testamentos prohibidos por nuestras leyes como el mancomunado, no podrán estar nunca conformes con la sustanciabilidad á que nos referíamos y por lo tanto no serán válidos aunque los españoles los otorguen en país extranjero donde los autoricen y cumplan el formularismo del pueblo del otorgamiento, porque en tal caso faltaría esa conjunción armónica que hemos dicho debe existir entre la disposición adjetiva del lugar donde se otorgó y el precepto sustantivo del país donde ha de ejecutarse, relación sin la cual no es posible la existencia de tales testamentos.

El Proyecto de Código civil de 1882 en su art. 732, proponía preceptos análogos, y tal teoría la admiten todos los Códigos extranjeros aunque sin dedicar artículo expreso para ello.

Art. 734. Tambien podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto ó cerrado, ante el Agente dipomático ó consular de España residente en el lugar del otorgamiento.

En estos casos dicho Agente hará las veces de Notario, y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin embargo, necesaria la condición del domicilio en los testigos.

Ya antes hemos indicado que el testamento en el extranjero podía hacerse sujetándose en un todo á las formalidades establecidas por las leyes del país en que se otorgue ó ante la autoridad consular; para el primer caso indispensable será que aquel testamento lo autorice el Notario, Escribano ó Agente encargado de tal oficio en el país del otorgamiento; en el segundo, que es de lo que se ocupa el artículo que comentamos, otorgarse debe ante el Agente diplomático ó consular de España residente en el punto donde haya de otorgarse; pues siendo la representación genuina de nuestra pátria en el extranjero, asume las funciones de nuestro funcionalismo en todos sus ramos y por consiguiente suple también al depositario de la fé pública, así es que el testamento que él recibe de un español se otorga con las formalidades que las leyes españolas prescriben; y como el testamento que puede otorgarse ante el Cónsul de nuestro país en el extranjero, puede ser abierto y puede ser cerrado, en el primer caso se seguirán extrictamente las reglas de la sección quinta, capítulo primero, título tercero de este libro tercero de nuestro Código, ó sea los preceptos comprendidos entre los arts. 694 al 705 del mismo; y en el segundo se atemperarán á la sección sexta que comprende los arts. 706 al 715 de este Código; sin haber más diferencias entre tales testamentos otorgados aquí y los que se otorguen en el extranjero que las que racionalmente impone la necesidad por la circunstancia del punto donde se otorga, ó sean: primera, la de quedar suplida la fé notarial por la fé del Agente diplomático ó consular de nuestro país, y segundo, la de que no es necesaria la condición del domicilio en los testigos, pues sería materialmente imposible el llevar al punto del otorgamiento tres testigos que, siendo vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, conocieren al otorgante siendo extranjero, y por eso este caso está comprendido en la sección que se indica al final del número tercero del artículo 681.

El Proyecto de Código Civil de 1851 en su art. 586 como el Proyecto de 1882 en su art. 733, proponían preceptos análogos; y concordancias encontramos en los arts. 790 del Código de Uruguay, 1962 del Código de Portugal, 789 del Código de Guatemala, 1028 del Código de Chile, 3835 del Código de Campeche, 3566 del Código de la Baja California y 3835 del Código de México. Debiendo tener presente que en relación está el art. 734 que comentamos, no sólo con el artículo 681 del mismo antes citado, sino con los arts. 676 al 680, 694 al 711 de nuestro Código; y que según el art. 31 del Reglamento de la Carrera Consular de 23 de Julio de 1883, en los países en que los tratados y las costumbres conce-

den jurisdicción á los empleados consulares, éstos intervienen en los asuntos civiles y aún en algunas diligencias de lo criminal, como autoridades judiciales en las cuestiones habidas entre ciudadanos y contra ciudadanos españoles, que es por lo que anteriormente decíamos que los Agentes diplomáticos ó consulares eran representación de nuestra pátria en el extranjero, bajo el funcionalismo de todos los órdenes que fuera del territorio español puedan establecerse, y hasta el depositario de la fé pública.

Art. 735. El Agente diplomático ó consular remitirá, autorizada con su firma y sello, copia del testamento abierto, ó del acta de otorgamiento del cerrado, al Ministerio de Estado para que se deposite en su Archivo.

No podía menos de darse el precepto que acabamos de consignar, por cuanto siendo, como hemos dicho, el Agente diplomático consular el representante de nuestra nación en el extranjero y el que asume las funciones de todo órden de autoridades de nuestra pátria, así como la fé pública, fuerza era que diese á conocer á nuestro Gobierno los actos solemnes que como testamentos ó últimas voluntades se otorgasen ante el mismo; y esto debe hacerse necesariamente remitiendo copia autorizada y sellada del testamento abierto, ó del acta de otorgamiento del testamento cerrado; de la misma manera que el Notario público dentro de nuestra nación dá periódicamente estados y certificaciones de los títulos que autoriza y de las últimas voluntades ante el mismo otorgadas.

En cuanto á que estas copias se remitan al Ministerio de Estado para su archivo, es también lógico y de buen sentido, puesto que la via diplomática es la única que está llamada á prestar tal servicio en casos de esta naturaleza; y de la misma manera que se hace con el militar y el marítimo cuyos testamentos se conservan archivados en los respectivos Ministerios de Guerra y Marina, se hace también así con el testamento otorgado ante el Agente diplomático ó consular, archivando sus copias autorizadas en el Ministerio de Estado, para que, si bajo dicho testamento falleciere el testador, al ejecutar su última voluntad se empiece por la citación de los interesados en la forma prevenida para aquéllos.

Los arts. 587 del Proyecto de 1851, y 734 del de 1882, propusieron preceptos análogos, y concordancias vemos entre el artículo que nos ocupa y el artículo 791 del Código de Uruguay, 1963 y 1964 del Código de Portugal, 1029 del de Chile, 3836 y 3837 del de Campeche, 3567 y 3568 del de la Baja California, y 3836 y 3837 del Código de México; siendo de advertir que, según indicamos anteriormente, en nuestra patria el art. 5.º del Real decreto de 14 Noviembre de 1885, impuso la obligación de participar á la Dirección de los registros Civil y de la Propiedad y del Notariado el otorgamiento de cualquier disposición de última voluntad.

Art. 736. El Agente diplomático ó consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo ó cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción.

El Ministerio de Estado hará publicar en la Gaceta de Madrid la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recojer el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida.

Nada tenemos que decir de los preceptos contenidos en este artículo, por cuanto ya se dijo bastante al hablar del testamento marítimo, en su art. 727, y del militar, en su art. 718, pues aquí viene repitiéndose respecto del testamento otorgado en el extranjero ante el Agente diplomático consular, lo que éste debe hacer cuando reteniendo en su poder un testamento ológrafo ó cerrado de un español, supiere el fallecimiento de dicho testador, en cuyo caso deberá remitirlo al Ministerio de Estado con certificación del acta de defunción correspondiente. Y aunque no diga nada este artículo respecto del testamento abierto, cuya copia autorizada y sellada ya dijimos al tratar del anterior artículo deben remitir los cónsules, ante quienes se otorgue, al Ministerio de Estado, creemos que en el caso en que falleciere el testador que hubiere otorgado aquel testamento abierto, el Agente diplomático ó consular ante quien se otorgó está obligado á elevar al Ministerio de Estado la correspondiente certificación y darle parte del fallecimiento, así como de las diligencias que hubiere practicado para inventariar y consignar cuanto el testador tuviera á su fallecimiento, especialmente si con él no vivían sus herederos legítimos, y recibidas tales noticias oficiales por el Ministerio de Estado, el Ministro, según el precepto del último apartado del artículo que nos ocupa, hara publicar en la *Gaceta* la noticia de tal fallecimiento para que los interesados puedan recojer el testamento cerrado ó el ológrafo en su caso, y gestionar no sólo la protocolización, como dice dicho precepto, sino su elevación á escritura pública, en lo cual estamos perfectamente conformes, pues es esencial practicar tales diligencias. Lo que no acertamos á comprender, es, qué razones habrá tenido el legislador para en este artículo preceptuar que el Ministro de Estado sea el que haga publicar la noticia en la *Gaceta* en el caso que nos ocupa, y no hagan tales publicaciones los Ministros de la Guerra y Marina, cuando respectivamente se trata del testamento militar y marítimo, casos comprendidos en los artículos 718 y 727, con referencia al que acabamos de citar, en los que se manda que el Ministro encargue al Juez del último domicilio ó al Decano de los de Madrid la citación antes indicada.

El Proyecto de Código Civil, en su art. 735, proponía idénticos preceptos, y

aunque concordancias encontramos en algunos Códigos extranjeros, hemos de hacer observar que el Código de Chile, en su art. 1029, en vez de encomendar al Ministerio la publicación de edictos, determina que éste remita la copia del testamento al Juez del último domicilio del finado para que se protocolice en el oficio del Escribano correspondiente, lo cual está más conforme con lo que hemos dicho se previene en este nuestro Código con relación á los testamentos cerrados hechos por el militar en campaña y el marino en alta mar ó en viaje.

SECCIÓN DÉCIMA

DE LA REVOCACIÓN É INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

Art. 737 Todas las disposiciones testamentarias son escencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas.

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no lo hiciere con ciertas palabras ó señales.

Bajo el principio de que la voluntad del hombre es ambulatoria hasta la muerte, no puede menos de sostenerse que la libertad del testador para revocar sus disposiciones hasta el último instante de su vida, es una consecuencia natural del derecho de propiedad y una facultad equitativa y justa que no puede menos de establecerse en el derecho privado de las naciones civilizadas. Solamente los paises en que se admite el testamento reciproco pueden encontrar entorpecimientos para sostener este principio, pues en esa clase de testamentos, como no dependen exclusivamente de la voluntad de uno sólo, sino de la de dos testadores, se hace indispensable también la conformidad de los mismos en cuanto á la revocación, el mútuo consentimiento para revocar entre los dos que mútuamente convinieron en otorgar el testamento reciproco.

Hay, sin embargo, paises en que la revocación del testamento se impone por la ley, sin necesidad de que la voluntad del testador lo exprese de una manera terminante; asi sucede en Italia, en cuyo Código leemos el art. 888, en el que se previene que las disposiciones á titulo universal ó particular, hechas por el que al tiempo de testar no tenia hijos ó descendientes, quedarán revocadas de derecho por existir ó sobrevenir un hijo ó descendiente legitimo, aunque sea póstumo, legitimado ó adoptivo; sucediendo lo mismo cuando el hijo sea con-

cebido al tiempo del testamento, y tratándose de hijo natural legitimado aunque haya sido ya reconocido por el testador antes del testamento, y únicamente legitimado después; más previene dicho precepto que la revocación no procederá cuando el testador hubiera ya previsto el caso de que existieran ó sobrevinieran hijos ó descendientes. Cuyos principios vienen aceptados en Neufchatel, Vaud, Berna, Valais, Tesino, Luisiana, Bolivia y Austria.

Es más, los ingleses, distinguiendo el estado del testador, declaran la revocación del testamento por la celebración del matrimonio; y el Código de la República Argentina, en su art. 3826, preceptúa que todo testamento hecho por persona que no esté casada en el acto de testar, queda revocado desde que contraiga matrimonio; como se vé también en el Código de New-York.

Pero lo esencial de este artículo es determinar que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables; y que esta regla de derecho no desaparece en sus efectos aunque el testador exprese en su testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas, porque generalmente esta cláusula se usa por pura fórmula y como muchas de las que han ido sosteniéndose en la pauta á que automáticamente y sin conocimiento de causa siguen algunos Notarios; por esto, con muy buen acuerdo el Código, previene que esas cláusulas derogatorias de disposiciones futuras se tengan por no puestas, pues nadie puede derogar lo que no ha existido; y que tampoco se dé fuerza á otras cláusulas en que el testador ordene que no valga la revocación del testamento sino la hiciere con ciertas palabras ó señales. Nosotros, sin embargo, hubiéramos sido más explícitos y concisos reduciendo el texto al primer párrafo del artículo que comentamos y á significar en dos palabras que se tendría por no puesta en un testamento cualquier cláusula que atacase el principio de la revocabilidad de las últimas disposiciones; pues no sólo esto está conforme con las reglas del buen sentido, sino con lo que ya se previno en la Ley 4, tít. 4.ª, libro 34 del Digesto y Ley 25, tít. 1.º, Part. 6.ª. Y realmente la revocabilidad de los testamentos es de sinderesis, pues si el testador pudiera por una declaración expresa dar al testamento carácter de irrevocabilidad, sujetaría su voluntad para el porvenir; y como el hombre que conoce la voluntad del presente, no es fácil que conozca su voluntad del futuro, porque la voluntad del hombre depende las más veces de las circunstancias que le rodean, y nadie puede saber las condiciones en que ha de hallarse en lo sucesivo, de aquí el que la voluntad que el hombre tenga hoy, pueda y deba variar necesariamente mañana, mucho más tratándose de la disposición de sus bienes; y como las cláusulas de irrevocabilidad implican el predominio de una voluntad más antigua sobre una voluntad más reciente, de aquí el que se haría perder á los testamentos el carácter de actos de última voluntad, que esencialísimo es en las testamentarias disposiciones; por ello insistimos una vez más en que el testamento es esencialmente revocable, y que todo cuanto perturbe y contrarie ese

principio de revocabilidad, es contrario á la naturaleza de la humanidad y debe rechazarse por el hombre pensador, sosténgase por el que testa la irrevocabilidad ó prescríbase por leyes injustas y contrarias á la equidad que como tales no pueden prevalecer, porque en lo humano, á pesar de nuestros defectos, lo injusto y lo contrario á la equidad no se hace duradero, no se hace eterno.

El artículo que nos ocupa concuerda en su esencia con los arts. 717 del Proyecto de Código Civil de 1851, y 915 del Proyecto de 1882; y no contraría la Ley de Partida, como suponen algunos, pues si bien en la Ley 22, tít. 1.º, Partida 6.ª, se expresa algo que parece indicar irrevocabilidad al decir: *este mio testamento que fago agora, quiero que vala para siempre, é non quiero que vala otro testamento que fuesse fallado, que oviese fecho ante deste nin despues*: esto no deja de ser una de tantas fórmulas instrumentales antiguas, cuya reminiscencia se conserva todavía en el formularismo de la antigua curia; pero que en la mismá Ley de Partida se vé desvirtuada, como antes hemos dicho, por la Ley 25 del mismo título y Partida ya citada, en la que se previene terminantemente que los testamentos son esencialmente revocables; y no sólo se vé en esta Ley 25 tal precepto consignando: *como todo ome fasta el dia de la muerte, puede mudar su testamento e fazer otro*: sino que si se sabe leer bien la Ley 22, del mismo título y Partida ya citada, y la Ley 21, ó sea la que le precede, se deduce fácilmente de dichas dos Leyes el precepto claro y terminante de la 25, es decir, la revocabilidad del testamento; pues la primera supone que un testamento puede revocarse por otro, y la segunda dá á entender que, mencionando en el ultimo testamento que se revoca el anterior, queda revocado. Es más, pudiera suceder que en aquellos tiempos en que, siguiendo al derecho romano nuestras Partidas, era indispensable la institución de heredero, si un testador en su primer testamento instituía, y en el último ni aun mencionaba el testamento anterior ni instituyese heredero, podía suceder, repetimos, que con arreglo á dicha Ley 22 quedare firme el primer testamento y no el último; pero esto no destruye el principio de la revocabilidad del testamento, mucho menos después que, el Ordenamiento de Alcalá, la Ley de Toro y la Novísima Recopilación, consideraron innecesaria la institución de heredero para que el testamento tuviera fuerza y valor.

Encontramos concordancias entre el artículo que nos ocupa y el art. 916 del Código de Italia, en el que se previene que: *no es posible en forma alguna renunciar á la libertad de revocar ó cambiar las disposiciones hechas por testamento; y que toda clausula ó condición contraria á la revocabilidad no tendrá valor ni efecto*: cuyo precepto nos parece más aceptable que otro alguno. Y lo mismo se preceptúa en los arts. 3665 y 3666 del Código de Campeche, en los que se previene terminantemente que: *El testamento es un acto revocable hasta el último momento de la vida del testador*, en el primero; y en el segundo se dice: *La renuncia de la facultad de revocar el testamento es*

nula: con lo cual están perfectamente de acuerdo los arts. 3472 y 3473 del Código de la Baja California y los arts. 3665 y 3666 del Código de México, conteniendo análogos preceptos el art. 931 del Código de Guatemala, el 1001 del de Chile, el 1683 del de Luisiana, el 960 del de Uruguay, y el 3824 del de la República Argentina.

Art. 738. El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.

Es evidente que si para hacer un testamento se necesitan ciertas condiciones y circunstancias, y ha de sujétarse el testador á ciertas fórmulas, no puede menos de atenerse al mismo ritualismo y á idénticas solemnidades para revocar dicho testamento. Esto es tan evidente que no necesita demostrarse.

El art. 718 del Proyecto de Código de 1851 y el art. 916 del Proyecto de 1882, proponían bien parecidos preceptos; y concordancias encontramos en los artículos 961 del Código de Uruguay, 1685 del de Luisiana, 1755 del de Portugal, 719 del de Austria, 939 del de Guatemala, 387 del de Prusia, 665 del de Vaud, 3827 del de la República Argentina, 1039 del de Holanda, 990 del de Nápoles, 1035 del de Francia, 917 del de Italia, (no el 890 que cita el Sr. Falcón); y el 1035 del de Bélgica, expresándose en estos tres últimos que: *Los testamentos podrán revocarse en todo ó en parte por medio de otro testamento posterior ó por otro documento ó acta ante Notario público con las formalidades de la Ley expresando categóricamente que el testamento queda derogado*; lo cual significa que en Francia como en Bélgica, Italia y en todos los países del mundo, la revocación de un testamento tiene lugar cuando el testador expresa en documento público y fehaciente con todas las solemnidades del caso, que ha cambiado de voluntad y que revoca el testamento que desea revocar; efectuando esta revocación bien por otro testamento contrario al revocado, bien por un acta, escritura, ó título en el que se manifieste expresamente su voluntad de revocar el testamento ó testamentos que hubiere hecho, quedándose intestado si así fuera su voluntad. Empero, nuestro Código español determina bien claramente en el artículo que comentamos, que: *el título en que se verifique esa revocación sin testar de nuevo, debe tener cuando menos las mismas solemnidades que las necesarias para testar.*

Más aquí se puede ofrecer una duda, y es la de si el testamento abierto puede revocarse por otro testamento cerrado, por un testamento ológrafo, ó si por el contrario el testamento ha de revocarse por otro de igual naturaleza que el revocado; y si en el caso de que la revocación no se hiciere por otro testamento, sino por un título público otorgado ante Notario en el que se expresase la voluntad de revocar, este título había de tener las solemnidades del testamento abierto, ó de cualquier otro testamento. Nosotros creemos que un testamen-

to puede revocarse por cualquier otro testamento, sin fijarse en su clase, con tal que para su otorgamiento se cumplan las formalidades que para los mismos prescribe la Ley; porque al fin y al cabo, fórmulas legales son todas ellas de expresar la última voluntad, pero cuando la revocación del testamento se hace sin testar de nuevo, han de observarse las mismas solemnidades que se observan para el testamento abierto, puesto que este desistimiento de la voluntad manifestada por el testador, realmente debe consignarse en una especie de escritura pública ante Notario y tres testigos idóneos que entiendan y vean al testador y de los cuales cuando menos uno sepa leer y escribir; pues hacer lo contrario sería introducir la mayor de las confusiones: y además produciría la anomalía de que reconocido el testamento nuncupativo como la regla general en la manera de testar, y como la fórmula más solemne de expresar nuestra voluntad, si se anulaba por una simple escritura ordinaria de las que se otorgan ante un Notario y dos testigos, se daría más facilidad á la revocación que á la institución de un testamento, y es lógico suponer que cuando menos se exijan las mismas solemnidades para revocar que para otorgar una última voluntad; y que admitirse debe también como más legal y de mejor sentido, que, la revocación de un acto solemne cual es el testamento, implique mayor verdad cuando para ello se observen más formalidades que para su constitución, sosteniéndose la general teoría de que para la retractación de una última voluntad deba necesitarse cuando menos las mismas condiciones que para su otorgamiento, y que si se emplean más, no puede menos de admitirse como valedera dicha revocación, no sólo porque siempre en la idea de lo más está envuelta la idea de lo menos, sino porque con mayores formalidades entenderse debe mejor expuesta y más arraigada la volición de revocar.

Art. 739. El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en ó todo en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

Al comentar el primer artículo de esta sección, nos ha ocurrido presentar casos dudosos que pudieran ocurrir, y no lo hemos hecho por no anticipar ideas que en este lugar son más oportunas. Nadie duda, ni dudar puede, que el testamento posterior deroga al anterior, cuando el último que se otorgue sea perfecto y con arreglo á la ley se hubiera constituido; pero esta revocación puede ser general y parcial; la revocación general se impone por el Ministerio de la Ley con sólo el otorgamiento posterior; es de derecho constituido: la re-

vocación parcial necesita que se invoque expresamente por el testador designando de un modo claro la parte que éste desea quede en vigor, y la parte revocada. Mas puede suceder el caso de que el testador que había otorgado varios testamentos, revocados por el último los anteriores, llegare á revocar expresamente el último sin hacer uno nuevo, y si bien algunos son partidarios de que el testamento revocado por uno posterior, jamás puede obtener de nuevo la validez y eficacia perdida, nuestro Código determina ó preceptúa en el apartado último del art. 739 que comentamos, que el anterior testamento recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero. Tal cual está redactado este párrafo 2.° y último de este artículo, no puede menos de aceptarse como bueno, pues esa manifestación expresa viene á dar fuerza al testamento anterior, renovándolo como si se otorgara de nuevo, y en vez de repetir, para su reconstitución, todas y cada una de sus cláusulas, se hace referencia al testamento á que se quiere dar nueva vida, haciéndolo entonces en lo que compatible sea con las leyes que rijan al reconstituirlo; pues como se comprenderá perfectamente, si hoy, después de varios testamentos, se revocase para dar renacimiento á un testamento mancomunado, creemos no podría admitirse tal manera de vulnerar la ley que hoy prohibe los testamentos mancomunados: así como tampoco adquirirá nueva vida un testamento ya revocado por otro, aunque sea legal, si el testador expresamente no lo dispone así; es decir, que si uno que otorgó varios testamentos revoca el último y nada dice de los anteriores, aunque aquellos se hubiesen otorgado en forma legal, y coincidan las solemnidades observadas con las que la ley exija al tiempo del fallecimiento de tal persona, se conceptúa muerto intestado.

Y esta tésis sostenida se vé en parte en las leyes 21 y 23, tít. 1.°, Partida 6.ª, como la encontramos en la mayoría de las regiones aforadas, como se proponía en los arts. 719 y 720 del Proyecto de Código Civil de 1851, y se propuso bajo el art. 917 del Proyecto de 1882, del cual parece una copia el art. 739 que de nuestro Código comentamos.

Encontramos concordancias en el art. 1036 del Código de Francia, si bien observamos en éste notables diferencias, puesto que lejos de dar como revocado de derecho el testamento anterior por el otorgamiento perfecto del posterior, como lo preceptúa nuestro Código, á no ser que el testador exprese que es su voluntad quede en parte subsistente, ordena el Francés que, para que los testamentos posteriores revoquen á los anteriores, es preciso se exprese así especialmente, y de no especificarse, solamente anulará los anteriores en aquellas disposiciones que fueran incompatibles ó contradictorias con las nuevas. Y esto mismo se ha venido á decidir en varias sentencias del Tribunal de Casación Francés, entre otras las de 30 de Marzo de 1835 y 25 de Julio de 1849.

Concuerda también con los arts. 919 y 920 del Código de Italia; en el pri-

mero de los cuales se determina que las disposiciones revocadas por testamento posterior ó por documento otorgado ante Notario, no podrán renacer sino con un nuevo testamento; y en el 2.° se previene que el testamento posterior que no revoque de una manera expresa los testamentos anteriores ó precedentes, sólo anulará en éstos aquellas disposiciones que aparezcan contrarias ó incompatibles con las nuevas.

Iguales principios informan los preceptos contenidos en el art. 1036 del Código de Bélgica, en los arts. 1755 y 1756 del Código de Portugal, en el artículo 1686 del de Luisiana, 713 y 723 del de Austria, 965 del de Uruguay, 668 del de Vaud, 572 del de Prusia, 1213 al 1215 del de Chile, 3670 del de México, que es exactamente igual al primer apartado del art. 739 que de nuestro Código al presente comentamos, como el 3476 del Código de la Baja California, y el 3670 del Código de Campeche; observándose que el párrafo segundo del referido art. 739, que de nuestro Código nos ocupa, coincide en lo esencial, y casi es una copia literal de los arts. 3672 del Código de México, 3478 del de la Baja California y 3672 del de Campeche, puesto que en alguno de estos tres últimos dice que el testamento anterior recobrará no obstante su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista.

Los arts. 3828 y 3831 del Código de la República Argentina vienen á sentar los mismos principios que los anteriormente citados y que el nuestro; pues el 1.° de dichos artículos previene terminantemente que el testamento posterior anula el anterior en todas sus partes, como lo determina tambien el art. 991 del Código de Nápoles; y el 2.° (ó sea el 3831 del Argentino), preceptúa que la retractación hecha en forma testamentaria por el autor del testamento posterior, hace revivir, sin necesidad de declaración expresa, sus primeras disposiciones; pero si la retractación contuviese nuevas disposiciones, no hace entonces revivir las que contenía el primer testamento, si no hubiera expresado que tal era su intención; en cuyo texto se vé una verdadera confusión, pues si se retracta en forma testamentaria el testador de lo expuesto en su último testamento, se hace indispensable diga si testa de nuevo, ó si quiere prevalezca alguno de los testamentos, y si no hace más que revocar su testamento, ya no es testamentario aquel acto. Y para que haya retractación, preciso se hace que, ó haya nuevas disposiciones, ó simple revocación en título público. Estamos más conformes con los préceptos de nuestro Código en este punto que con el Argentino.

Art. 740. La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó por renuncia de aquél ó de éstos.

Natural es que la revocación produzca su efecto cualquiera que sea el resultado del testamento por el que se opera, ya caduque por incapacidad del

heredero ó de los legatarios nombrados, ya sea ineficaz por renuncia de dichos testador y legatários; pues el resultado de una última disposición no ha de influir en el renacimiente del testamento revocado; mucho menos en nuestra pátria, en que por virtud de los preceptos del articulo anterior, para que recobre su fuerza y vigor un testamento antes revocado es indispensable que expresamente se declare por el testador que tal es su voluntad.

En Aragón prevalece el primer testamento hecho con entero juicio sobre el posterior otorgado en un intérvalo lúcido de razón: así como en Navarra, si el último se constituyese creyendo haber fallecido el heredero instituido en el primer testamento y luego resultare vivo.

Parece tomado el articulo que nos ocupa del art. 918 del Proyecto de Código Civil de 1882, y concuerda con varios Códigos extranjeros, entre otros con el art. 965 del de Uruguay, el 1757 del de Portugal, el 3671 del de México, el 3477 del de la Baja California, el 3671 del de Campeche, 669 del de Vaud, 1037 del de Francia, 921 del de Italia, 1037 del de Bélgica, 3830 del de la República Argentina y otros; siendo idénticos al nuestro los ya citados de México, Baja California y Campeche.

Aun cuando bastaban las citas hechas y prescindir pudiéramos de lo que varios Códigos sobre este particular expresan, no queremos sustraernos de la consignación de lo esencial que entrañan algunos de ellos. Los de México, Baja California y Campeche, preceptúan, como el nuestro, que la revocación producirá su efecto, aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios nuevamente nombrados, ó por renuncia. El de la República Argentina previene que si el testamento posterior es declarado nulo por vicio de forma, el anterior subsiste; pero si las nuevas disposiciones contenidas en el testamento posterior fallasen, por razón de incapacidad de los herederos ó legátarios, ó llegasen á caducar por cualquier causa, valdría siempre la revocación del primer testamento causada por la existencia del segundo.

El art. 1037 del Código Francés, como igual articulo del Código Belga, ya citados, ordena que la revocación hecha en un testamento posterior, producirá su efecto, aunque este nuevo acto quede sin ejecución por incapacidad del heredero instituido, ó del legatario, ó por negarse á recibir la herencia; y dicha disposición que en relación se encuentra con los arts. 906, 907, 909, 1039 y otros concordantes del mismo Código, se ve desarrollada en varias sentencias del Tribunal de Casación de aquel pais, entre otras la de 13 de Mayo de 1834 y la de 11 de Mayo de 1864, en las que se determina que la revocación de un testamento hecho por otro posterior, conserva todo su efecto, aunque este último esté afectado de caducidad, quede sin ejecución por la muerte anterior del legatario ó del heredero, ó hubiere cualquier otra circunstancia que impidiere la ejecución de dicho testamento último; lo cual se ve bien terminantemente

dispuesto también en el art. 921 del Código de Italia, en el que se determina que la revocación hecha en un testamento posterior tendrá pleno efecto, aun cuando este nuevo acto quede sin realizarse por haber fallecido antes el heredero instituído ó el legatario, por ser incapaz ó haber renunciado á la herencia ó al legado.

Todo lo expuesto viene á demostrar la razón y la justicia del artículo que comentamos, que como ya dijimos es de buen sentido y no podía menos de redactarse en la forma que se hizo aun cuando deberá tenerse presente que si el testamento nuevo fuese nulo por vicio de forma, no debería producir el efecto de la revocación.

Art. 741. El reconocimiento de un hijo ilejítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.

El precepto contenido en el artículo que nos ocupa, demuestra bien á las claras que el legislador ha querido facilitar el reconocimiento de los hijos ilegítimos; y que no es lo mismo un acto intervivos, por decirlo así, que puede ejecutarse durante la vida del testador, y que determina nada menos que la personalidad del otro, que la disposición de los bienes para después de la muerte, la cual no podía ejecutarse hasta después de su fallecimiento; y en cuya disposición cabe la revocabilidad que no puede caber jamás en un reconocimiento del cual nacen derechos y obligaciones, desde el momento en que se hace. Es más, la disposición de los bienes es ambulatoria y se hace sin obligación de ningún género, resultando siempre hija de la libre y expontánea voluntad del testador, mientras que el reconocimiento de un hijo ilegítimo, aunque sea libre y expontáneo, implica una obligación moral, un deber de conciencia, una relación jurídica perfecta, que, desde el instante del reconocimiento determina derechos y obligaciones mútuas entre el que reconoce y el reconocido que no pueden permanecer y desaparecer caprichosamente á voluntad del que lo hizo, pues una vez hecho es definitivo y perpetuo, según ya se explicó al tratar del reconocimiento de hijos en lugar oportuno; pues en dichos reconocimientos no pueden sobrevenir circunstancias esenciales que sujeten á modificación el hecho realizado, como en los testamentos pueden surgir inesperados acontecimientos que modifiquen las intenciones y motivos que inspiraron al testador aquellas disposiciones otorgadas para lo porvenir, y que como no se complementan hasta su ejecución, hasta la muerte pueden modificarse.

El art. 919 del Proyecto de Código Civil de 1882, propuso preceptos análogos, y encontramos perfectas concordancias en los arts. 3667 del Código de Campeche, 3474 del de la Baja California, y 3667 del de México, si bien en éstos vemos mayor precisión y buen sentido, puesto que hacen diferencia entre el

testamento abierto otorgado ante Notario, por el cual público es el reconocimiento y desde que se hace debe tener fuerza y valor, y el testamento cerrado y ológrafo, bajo los cuales como no tienen carácter de título público hasta tanto que se elevan á escritura pública y se protocolizan, no pueden nacer los derechos que nacen desde luego en el nuncupativo; por eso expresan dichos Códigos que: *El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo, siempre que éste haya sido abierto y otorgado ante Notario.*

Art. 742. Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen.

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, ó hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuviere rota la cubierta ó quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas ó enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.

Artículo es este que no llega á satisfacernos por completo, y que con la modificación introducida en esta edición, creemos han venido á crearse dificultades y confusiones que antes no existian; pues encontramos mucho más lógico, sencillo y expresivo que sea ineficaz y quede sin efecto el testamento cerrado, siempre que se hayan quebrantado los sellos y abierto la cubierta, ó estén borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen, escepto cuando se pruebe que esto medió después de la muerte del testador ó que éste lo verificó en estado de demencia, que es lo que decía la primera edición en su primer apartado; y que se entienda procede aquel vicio de la persona encargada de guardar el testamento mientras no se pruebe lo contrario, que es como se prevenía en el art. 742 de la primera edición; que las presunciones que establece el mismo artículo de la segunda edición hoy vigente y las difusiones en él introducidas para expresar con mayor número de palabras menos de lo que se exponía en aquel más lacónico artículo.

Es natural que se conceptúe revocado el testamento cerrado por regla general, cuando aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas y los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen; por cuanto, si en esta clase de testamentos cerrados sólo existe como título legal que los inicia el acta de otorgamiento en la cual el testador, ante el Notario y los cinco testigos que este Código prefija, declara solemnemente que su última voluntad está contenida en el pliego cerrado que presenta; desde el momento en que desaparece esta circunstancia de hallarse cerrado y de encontrarse con los sellos quebrantados é inutilizadas las firmas de los que intervinieron en dicho otorgamiento, debe desaparecer toda su fuerza y vigor, porque si el testador inutilizó lo efectuado, tácitamente lo revoca; más contra esta presunción que el primer apartado de este artículo que comentamos establece, cabe la prueba de no haber tenido intervención ni conocimiento alguno el testador de dicho quebrantamiento de sellos, ruptura de cubiertas, raspaduras ó enmiendas, en cuyo caso conservará su eficacia dicho testamento siempre que previamente se pruebe su autenticidad.

Esto prescribe el Código para cuando el testamento se encuentre en poder ó en el domicilio del testador; pero si se encontrare en poder de otra persona, ha de entenderse que de ella procede aquel vicio ó defecto que se observe en el testamento y que no será válido, como no se pruebe debidamente su autenticidad cuando estuvieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos. Tiene sin embargo, este tercer apartado del Código que nos ocupa, su último párrafo, en el cual el legislador ha debido sufrir una equivocación, ó por error de imprenta se ha adicionado un *no* que cambia el sentido de la oración y que hace dudar de lo que se quiere decir en ese período, en el cual se expresa que cuando la cubierta de un testamento cerrado y los sellos de la misma *se hallaren integros, pero con las firmas borradas, raspadas ó enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el testador.* Si esto quiere decir que, hallándose integros los sellos y la carpeta, tiene eficacia el testamento cerrado que se encuentra en poder de persona distinta del testador, cuando no se justifique que el mismo testador raspó, borró ó enmendó las firmas de dicha cubierta, (como indicando que dicho testador no tenia conocimiento de las tales raspaduras y enmiendas), conceptuaremos bien construido dicho periodo, entendiendo que lo que el legislador establece para que el testamento cerrado conserve su eficacia, es, que cuantas roturas, quebrantamientos de sellos, enmiendas y raspaduras, sean desconocidas ó no se hayan efectuado por el testador; pero si lo que se pretende en dicho periodo, es buscar la autenticidad del testamento, desde el instante en que aparezcan borradas, raspadas ó enmendadas las firmas, desaparece la garantía de autenticidad, y puede dudarse si esas raspaduras, enmiendas ó borrones, son hechas á propósito para ocultar la suplantación de las firmas que en la verda-

dera carpeta del testamento se estamparon, y si el testamento que se presenta como el relativo á la otorgación efectuada ante Notario y cinco testigos que la ley previene, ha sido sustraido, presentando en su lugar otro pliego bien imitado al primero con sellos también falsos que no parecen quebrantados, y con los borrones, raspaduras ó enmiendas que el falsificador creyere convenientes en lugar de las firmas de los testigos que ante el Notario presenciaron el acta del otorgamiento.

Por esto nosotros creemos más oportuno que de derecho quede ineficaz y nulo todo testamento cerrado que no se encontrare en su cubierta de la misma manera y con las mismas circunstancias que se especifiquen en el acta del otorgamiento; puesto que conservada ésta en el protocolo del Notario. no es fácil suponer la falsificación coetánea de tal documento público, y de lo consignado en la carpeta del testamento.

Ya el Digesto en varias de sus disposiciones, Ley 1.ª, tít. 4.º, lib. 28, ordenaba que el testamento cerrado debia quedar sin efecto cuando el testador rasga ó destruye las tablas ó el documento que contiene su última voluntad, ó cuando rompe los sellos que acreditan su autenticidad, ó borra los nombres de los herederos instituidos; y en la Ley 24, tít. 1.º, Partida 6.ª, siguiendo los precedentes del derecho romano, se venia á determinar un precepto análogo salvo el caso fortuito; así como tambien se vé en el Proyecto de Código de 1882, su artículo 920, en que se proponian preceptos análogos.

Concuerda el artículo que nos ocupa, entre otros varios Códigos extranjeros, con el 3836 del Código de la República Argentina, en el que se previene que la ruptura hecha por el testador del pliego que contiene un testamento cerrado, importa la revocación del testamento, aunque el pliego ó el papel donde está escrito el testamento quede sano y reuna las formalidades requeridas para los testamentos ológrafos; y análogos principios sustentan los artículos 1941 y 1943 del Código de Portugal, 3802 del de México, 3533 del de la Baja California y 3802 del de Campeche, prescribiendo estos tres últimos que: *El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior ó abierto el que forma la cubierta, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso.*

Art. 743. Caducarán los testamentos, ó serán ineficaces en todo ó en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.

Este artículo no necesita comentario, pues es evidente que la caducidad y la ineficacia de los testamentos, sólo ha de tener lugar cuando expresamente lo prevenga este Código, como se vé perfectamente, tanto en lo relativo á casos de

ineficacia como á la caducidad, sin más que leer los arts. 669, 670, 672, 673, 687, 689, 703, 704, 715, 719, 720, 730, 733, 739 y 742 de este mismo Código.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 921, proponía un precepto idéntico, y en varios Códigos extranjeros se ven algunas concordancias aunque no determinadas de la manera precisa que se hace en el nuestro.

CAPITULO II

De la herencia

SECCIÓN PRIMERA

DE LA CAPACIDAD PARA SUCEDER POR TESTAMENTO Y SIN ÉL

Art. 744. Podrán suceder por testamento ó abintestato los que no estén incapacitados por la Ley.

En este artículo se sienta un principio general bajo el cual se parte de la base de que suceder por testamento ó abintestato es común en los hombres, y nada á ello se opone más que las excepciones que para los considerados incapaces por la ley la misma señala.

Así se deduce también de lo que nuestra legislación patria en la Ley 2.ª, tit. 3.°, Part. 6.ª, venía sentando en contra de lo que anteriormente había determinado el derecho romano, según el cual, la testamentifacción pasiva, solo era un derecho exclusivo de ciudadanía; pues la citada ley de Partida vino á sustentar que el derecho de suceder es un derecho concedido á todo hombre, á quien por razones especiales la ley no se lo prohibe; cuyas mismas teorías se sostienen en la legislación foral.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 606, y el Proyecto de 1882 en su artículo 741 proponían idénticos preceptos; y concordancias encontramos entre el artículo que nos ocupa y los arts. 3733 del Código de la República Argentina, 902 y 906 del Código de Francia, 723 y 764 del Código de Italia, 902 y 906 del Código de Bélgica, 161 del Código de Chile, 1735 del Código de Portugal, 810 del de Guatemala, 796 del de Uruguay, 3425 del de México, 3288 del de la Baja California, 3425 del de Campeche y 917 del de Veracruz-Llave; debiendo hacer presente que en todos ellos se sostienen los mismos principios, y que en los de Campeche, Baja California y México se expresa que: *Todos los habitantes del Estado, de cualquier edad y sexo, tienen capacidad para heredar; y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación á ciertas personas y á determinados bienes, pueden perderla por alguna de las cau-*

sas siguientes: 1.ª *Por falta de personalidad.* 2.ª *Delito.* 3.ª *Presunción de influencia contraria á la libertad del testadar ó á la verdad ó integridad del testamento.* 4.ª *Falta de reciprocidad internacional.* 5.ª *Utilidad pública.* 6.ª *Renuncia ó remoción de algún cargo conferido por testamento.* En cuyo precepto vemos que se extienden no sólo á determinar la regla general, sino á consignar desde luego las excepciones; mas en estos como en todos los demás Códigos se observa la diferencia que existe entre las condiciones del individuo para recibir por donación y para recibir por testamento; siendo de notar que para lo primero se hace indispensable estar concebido al tiempo que la donación se efectúa, mientras que para recibir por testamento basta estar concebido en la época de la muerte del testador; encontrando la razón de esta diferencia en que para que haya donación es preciso que el donante se desapropie de la cosa que dá en favor de una persona ya existente por derecho, mientras que el testamento no se ejecuta, ni tiene por lo tanto efecto hasta que ha muerto el testador, partiendo de tal época el derecho del heredero ó legatario, sin que se les transfiera hasta entonces la propiedad de la cosa heredada ó legada. Es más, el testamento siempre lleva consigo la condición tácita de que el testador persiste en sus disposiciones últimas hasta su muerte; y por consiguiente, la muerte y la perseverancia de su voluntad hasta ese momento, es lo que dá vida y efecto al testamento, tanto, que sin la concurrencia de estas dos circunstancias el acto sería ineficaz; por consiguiente, es inútil la capacidad del heredero ó legatario antes de la muerte del testador hasta la que se ha sostenido la voluntad última por el mismo expresada.

Art. 745. Son incapaces de suceder:

1.° Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reunan las circunstancias expresadas en el art. 30.

2.° Las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la Ley.

Determina este artículo las excepciones á la regla general por el anterior sentadas, y prefija en primer término como excepción para adquirir por testamento las criaturas abortivas ó sean las que no reunen las circunstancias expresadas en el art. 30 de este mismo Código, lo cual, sobre ser muy natural, es en extremo lógico y justo. Era necesario prefijar de alguna manera cuando una persona podia considerarse tal para los efectos civiles, y el Código que comentamos, con muy buen acuerdo, sin seguir en todas sus partes la antigua legislación en que se prevenía que naciera todo vivo, que se hubiera desprendido del claustro materno y que hubiera nacido con figura humana, como prevenía la Ley 5.ª, tit. 23, Part. 4.ª, ó que viviera diez días, como preceptuó la Ley 17, tit. 2.°, lib. 4.° del Fuero Juzgo, ó que el término de la vida fuera cuando menos veinticuatro horas naturales, como ordenaba la Ley 2.ª de Toro, y que

hubiera recibido el agua del bautismo, según se prescribía en la Ley 3.ª, tít. 6.ª, lib. 3.° del Fuero Real, ha venido á tomar algo de la Ley de Partida y algún tanto de la Ley de Toro, preceptuando como indispensables términos de la vida civil, el tener figura humana y el vivir veinticuatro horas cuando menos enteramente desprendido del claustro materno, sin que fuera oportuno hoy decir nada del bautismo, porque ni éste es indispensable para la vida material del individuo, ni para adquirir condiciones civiles, pues por más que la mayoría de los ciudadanos españoles profesen la religión católica, como dada la libertad religiosa pueden adquirir la ciudadania española personas que no profesen dicha religión, de aquí el que no haya sido oportuno el consignar tal condición como indispensable para los efectos civiles de la personalidad humana: así es que hoy se considerará sin capacidad para adquirir por testamento á toda criatura abortiva ó sea á las que según el art. 30 de este Código, no hayan vivido veinticuatro horas enteramente desprendidas del claustro materno, ni tuvieren figura humana.

La segunda escepción que el art. 745 que comentamos presenta, es la de las corporaciones ó asociaciones no permitidas por la ley; y en esto está conforme con las diversas leyes consignadas en el tít. 12, lib. 2.° de la Novísima Recopilación; mas si bien en la primera edición de este Código se creaba otra escepción para suceder en los religiosos profesos de Ordenes reconocidas por las leyes del reino, en esta edición, hoy vigente, se ha suprimido tal escepción de conformidad con lo que en el art. 663 se previene respecto á la testamentifacción activa; así es que hoy el art. 745 que comentamos, en vez de los tres números ó incapacidades que en igual artículo de la primera edición se sostenian, ha suprimido la primera, ó sea la relativa á los religiosos profesos, y ha dejado subsistentes los otros dos casos; prescindiendo de lo que la Ley 10. tít. 5.°, lib. 3.° del Fuero Real estableció respecto de la prohibición de instituir herederos á los religiosos profesos, y apartándose de lo que preceptuaba la Ley 17, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, que les prohibia heredar á sus parientes *ab intestato*, teniendo sin duda presente la libertad de asociación, y que el art. 38 de la Ley de 29 de Julio de 1837, restablecida por el Decreto del Gobierno Provisional de 15 de Octubre de 1868, y la Ley de 20 de Junio de 1869, permitian á las monjas que continuaban en los conventos que quedaron abiertos desde 8 de Marzo de 1836, testar y ser herederas en testamento y *ab intestato*, se ha separado de aquella prohibición con tanto más motivo, cuanto que en el Concordato de 17 de Octubre de 1851 no se derogó aquel artículo 38 de la Ley de 1837 antes citada, ni se modificó la capacidad de los regulares para adquirir como particulares.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 742, proponia preceptos algún tanto análogos, ocupándose también de la prohibición de adquirir respecto á los religiosos profesos; y concordancias encontramos en diferentes Códigos ex-

tranjeros, entre ellos el de Francia en sus arts. 906 y 910, el de Italia en su art 724, el de Bélgica en su art. 906, el Código de Vaud en su art. 568, el de Chile en su art. 963, el de Holanda en su art. 946, el de Luisiana en su art. 1469, el de la República Argentina en su art. 1734, el Código de México en sus arts. 3426 y 3438, el Código de la Baja California en sus arts. 3289 y 3301, el Código de Campeche en sus arts. 3426 y 3438, el Código de Portugal en su art. 1176, el de Guatemala en su art. 811, el de Uruguay en su art. 797, y otros varios Códigos.

Art. 746. Las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provincias, los Ayuntamientos y los Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la Ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento, con sujeción á lo dispuesto en el art. 38.

El precepto de este articulo, sepárase ya de lo que la Ley de 11 de Octubre de 1820, en su art. 15, sentó respecto á la incapacidad de los conventos y monasterios para adquirir bienes raíces; porque teniendo la Iglesia derecho de adquirir por cualquier título legítimo con arreglo á lo prevenido en el Concordato celebrado en 16 de Marzo de 1851, era natural que relacionando este artículo con lo que determinan el art. 38 y el 41, para no ponerse en contradicción con lo que en tal Concordato se establece, y teniendo presente lo prevenido en el convenio de 17 de Junio de 1867 en cuanto á la Iglesia, y en las Leyes de Instrucción Pública de 9 de Septiembre de 1857, la de Beneficencia de 20 de Junio de 1849, y la Instrucción de 27 de Abril de 1875, se viniera á facultar á las personas jurídicas para adquirir y poseer toda clase de bienes, asi como para contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles ó criminales, atemperándose en un todo á las reglas y leyes de su constitución.

Está en relación el articulo que comentamos con los arts. 28, 35, 37 al 39, 788 y 993 de este mismo Código; y en los arts. 608 del Proyecto de Código civil de 1851 y 743 del Proyecto de 1882 se propusieron preceptos análogos, aunque prohibiendo á ciertas corporaciones conocidas bajo el nombre de manos muertas, la adquisición por testamento de bienes inmuebles de género alguno, á no ser que estas adquisiciones se hiciesen con aprobación del Gobierno, ateniéndose en el dia á lo preceptuado en el art. 41 del Convenio de 25 de Agosto de 1859 y á las Leyes Municipal, Provincial y demás que para ciertas asociaciones se han dado, concordando en esto con el art. 910 del Código Francés, el Código de Portugal en su art. 1781, el de Guatemala en su art. 811, el Belga en su artículo 910, el de Uruguay en su art. 797, el de Campeche en su art. 3439, el de la Baja California en su art. 3302, el de México en su art. 3439 y el de Veracruz-Llave en su art. 920.

Art. 747. Si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciendolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que los destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto para los de la provincia.

Dada la libertad de testar que parece va predominando en los Códigos modernos, es una consecuencia de tal principio la teoría sustentada por el artículo que nos ocupa; pero encontramos que en nuestro país es pronto todavía para dar tales reglas que han de conducirnos al monopolio y absorción de ciertas corporaciones, erigiéndose en potentes focos socialistas que, en contra del individualismo se coloquen de tal manera que la sociedad misma en que esas corporaciones viven ha de notar las consecuencias de tal acumulación de riqueza, sin medios de seguridad para que el desarrollo de la misma produzca los efectos que fueran de desear.

De todos modos, si cuando el testador dispone de todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, verificándolo indeterminadamente, se venden esos bienes en pública subasta por los albaceas interviniendo una autoridad judicial y entregando su importe por mitad al Diocesano y al Gobernador civil de la Provincia para su distribución conveniente entre los establecimientos benéficos del domicilio del finado, y en su defecto de la provincia; si se cumple bien y fielmente dicho cometido, se habrá conseguido un bien en cuanto tienda á cesar esa indeterminación observada al disponer de tal manera de sus bienes por el testador, pero aun fiando, como fiamos mucho, en la recta conciencia de los encargados de realizar la ejecución de esa última y tan anómola disposición de los bienes, no podemos menos de notar una contradicción palmaria entre el precepto de este artículo y los que del mismo Código prohiben en absoluto los heredamientos de confianza, y hasta contradice de un modo palpable y pugna con el sentido que debe darse á los arts. 670 y 671 de este mismo Código, pues si el testamento es un acto personalísimo, y en esto nos fundamos para rechazar los testamentos de confianza y los fideicomisos, no se comprende como ha de prevalecer un testamento en el que se dispone de los bienes de una persona indeterminadamente, y mucho menos que esos bienes relictos al fallecimiento del que de modo tan extraño expresó su última voluntad vengan á distribuirse en la forma que previene el art. 747, por cuanto realmente la ejecución de esa última vo-

luntad viene á traducirse en verdadera disposición testamentaria que no emana directamente del acto personalisimo que parece preceptuarse en el art. 670 de este Código, pues ejecutándose en la forma que el art. 747 prescribe, viene á contrariarse lo que entendemos quiere decir el repetido art. 670 al expresar que no podrá dejarse la formación del testamento en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario, pues si esto no puede verificarse por el precepto tantas veces citado, menos debia dejarse al arbitrio de otra persona la ejecución de un testamento en el que de un modo vago é indeterminado se dispone de los bienes para después de la muerte. Pero es más, si el testador puede encomendar á un tercero la distribución de las cantidades que deje, en general, á clases determinadas, así como la elección de las personas y establecimientos á que aquellas cantidades deban aplicarse, pugna este precepto del art. 671 con el del artículo que comentamos, pues si el testador tuvo confianza en las personas nombradas para albaceas testamentarios, fuerza es creer que la tenia para que estos albaceas ejecutasen su última voluntad en todas sus partes, distribuyendo sus bienes en la forma que más conveniente creyeren, según lo que en vida hubieren oido al testador ó hubieren comprendido cual era su deseo. Así es que aqui por el precepto del artículo que nos ocupa, vemos reducidos á los albaceas á ejecutores á medias de la voluntad del testador, llevando á cabo los preliminares de esa ejecución en la parte que más puede molestar para entregar el precio de aquellos bienes al Diocesano y al Gobernador, á fin de que hagan lo que mejor les pareciere respecto del valor de aquellos bienes que era de suponer fuesen á distribuirse entre los parientes próximos del finado; de manera que aqui se ven dos mandatarios, uno por testamento y otro por ley, para la ejecución de una última voluntad indeterminada, y se vuelve en parte á las antiguas prescripciones de las Leyes 5.ª y 7.ª, tít. 10, Part. 6.ª

El Código de Veracruz-Llave, en su art. 926, después de haber determinado en el anterior artículo lo procedente acerca de la calificación de pobres y de las funciones que ejercer deben en tal caso las Juntas de caridad compuestas de los Jueces Municipales, Presidentes y Síndicos de las Municipalidades, y de encargar á éstos la distribución de ciertos bienes cuando no hubiere albaceas designados por el testador, viene á preceptuar que la disposición universal ó de una parte alícuota de los bienes que el testador haga en favor de su alma, sin determinar la obra piadosa ó benéfica que quiera se ejecute, se entiende hecha en favor de los pobres en los términos del artículo anterior. Y el artículo 3445 del Código de México, como el 3308 del de la Baja California, el 3445 del de Campeche, y el 799 del de Uruguay, vienen á sostener las mismas teorías que el que acabamos de indicar; como preceptos análogos se encuentran en el artículo 1055 del Código de Chile.

El número 4.° del art 811 del Código de Guatemala, prohibe sea heredera

el alma del testador El art. 1775 del Código de Portugal, preceptúa que nadie puede determinar que se consuma en sufragios para su alma, más de la tercera parte del tercio de los bienes que deja; el art. 831 del Código de Italia, prescribe que las disposiciones para el alma ó en favor de la misma, expresadas en términos generales, son nulas; como nula es, según el art. 830 de aquel Código, toda disposición hecha en favor de persona incierta hasta el punto de no poderla determinar. De todo lo cual se deduce que si bien es varia en extremo la idea que en los diferentes pueblos civilizados se tiene de las últimas voluntades en favor del alma del testador, para sufragios, obras piadosas, sin determinación alguna, ni concretar su aplicación, en todas partes se miran con recelo tales disposiciones; y donde el legislador no ha tenido el valor de prohibirlas como en Italia, se ha confiado su cumplimiento á Juntas formadas de personas respetables, y en las que se presumen condiciones para el más exacto cumplimiento de la voluntad del testador.

Art. 748. La institución hecha á favor de un establecimiento público bajo condición ó imponiéndole un gravámen, solo será válida si el Gobierno la aprueba.

Es natural que el precepto de este articulo venga á amparar á los establecimientos de beneficencia, no permitiendo la validez de un testamento en que al instituirle heredero, se le impongan condiciones ó gravámenes, y por ello no debe considerarse válida dicha institución, mientras el Gobierno que ha de velar por los intereses de ese establecimiento público, no apruebe la adición de aquella herencia, pues es lógico que antes de dicha aprobación, averigue é inquiera si la responsabilidad de la carga y condición no ha de perjudicar al establecimiento, y apesar de las mismas, ha de obtener éste un beneficio seguro con la eficacia de la institución mencionada.

Parece tomado esto de lo que proponia el art. 745 del Proyecto de Código Civil de 1882; y en relación está el precepto que nos ocupa con lo que previno el art. 994 de este mismo Código, en el que se preceptúa que los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencia sin aprobación del Gobierno.

Entre las varias concordancias que encontramos en los Códigos extranjeros con el art. 848 que nos ocupa, vemos la de los arts. 3439 del Código de México, 3302 del Código de la Baja California, y 3439 del Código de Campeche, que parecen copiados los unos de los otros, y que de ellos ha sido tomado el nuestro.

Art. 749. Las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde ó el Juez Municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

Ya anteriormente hemos dicho lo que en algunos países se hace respecto de la clasificación de pobres, y hemos visto que los arts. 925 y 926 del Código de Veracruz-Llave trataban indistintamente de tales disposiciones, y de las que parcial ó totalmente hiciera el testador en favor de su alma, dándoseles siempre el destino de socorrer al pauperismo.

No hemos de conceptuar pobres en sentido legal, para los efectos del caso, á los que pululan por las calles mendigando, sino á los que albergados están en los hospicios, hospitales y casas de socorro donde se atiende á la vejez de los que carecen de bienes, de los que por defectos naturales no pueden ganar por sí su sustento, de los niños desamparados, y de todos aquellos que se acojen al sistema reglamentario y tranquilo de los asilos de beneficencia, donde á la vez que se atiende á sus primeras necesidades, alimentando y tratando higiénicamente su cuerpo, se sostiene en su espíritu la idea del bien obrar, y se elevan sus sentimientos de piedad y enaltecen las virtudes del hombre por una vida morigerada y religiosa que les inculca en su alma los más altos principios de moral. Ya la Ley 49, tít. 3.°, lib. 1.° del Código Romano se ocupaba de esto de manera admirable, y la Ley 20, tít. 3.°, Part. 6.ª, admitió la mayor parte de los preceptos consignados en el Derecho Romano sobre este particular.

También el Proyecto de Código de 1851, en su art. 610, y el Proyecto de 1882, en su art. 746, propusieron preceptos dignos de encomio acerca de este asunto, en los cuales calcado está el art. 749 que de nuestro Código nos ocupa. Evidente es que cuando las disposiciones hechas en favor de los pobres, se efectuan en general sin designación de personas ni de población alguna, entenderse deben limitadas á los del último domicilio del testador, á no ser que éste claramente expresase otra cosa en contrario; pues más natural es que se conceptúe al testador con afectos hácia los pobres de su país á quienes constantemente ha podido ver y observar, que á los de poblaciones para él desconocidas. Es más, obedeciendo á una medida económica deben localizarse los efectos de la magnanimidad del testador, pues claro é inconcuso es que si los bienes de que dispone para los pobres se hubieran de distribuir entre todos





los de la Nación ó entre todos los de una provincia, cuando la manda es general, la parte proporcional que les correspondiera sería tan insignificante que en nada podría aliviar la situación de un establecimiento benéfico; mientras que circunscribiendo esa sucesión á los establecimientos del pueblo donde el testador tuvo el último domicilio, la manda ó el legado es más fácil produzca sus resultados benéficos más inmediatos y alivia la situación en que muchas veces se encuentran tales centros de socorro.

Viene luego el segundo apartado de este artículo, ocupándose de la calificación de los pobres y de la distribución de los bienes que se hará en primer término por la persona que el testador haya designado, por los albaceas en su defecto, y caso de no haber designación de unos y otros la Ley provee á esta omisión llamando al Párroco, al Alcalde y al Juez Municipal como personas que han de formar la Junta calificadora, la cual resolvera por mayoría de votos las dudas que ocurran; junta parecida á la que indicamos se forma en casos análogos en Veracruz-Llave y en otros países, y que encontramos mucho más á propósito para la ejecución de estas últimas voluntades, que la unipersonificación en que tal encargo se confía por el art. 747 de este mismo Código, con el que creemos pugna el que al presente comentamos; y vemos tambien una razón de sus mejores condiciones al efecto por cuanto el Cura Párroco, el Alcalde y el Juez Municipal, como del país en que ejercen sus cargos, tienen más motivos para conocer las verdaderas necesidades de ese mismo pueblo; y además, porque hoy que se vé una gran tendencia á suplir por colectividades los cargos unipersonales, para hacer más fácil la responsabilidad y más difícil el fraude, choca en gran manera, que constituyéndose estas juntas á que se refiere el artículo que comentamos, se den preceptos contrarios en el art. 747.

Respecto del último apartado del artículo que nos ocupa, nada hay que decir, por cuanto lo que se establece para el todo, debe conceptuarse establecido para las partes que componen ese mismo todo, y como una parroquia ha de conceptuarse como parte integrante de un pueblo, entiéndase bajo este concepto, ó mírese bajo el de una más expresiva determinación del testador, deben seguirse los mismos principios establecidos en los precedentes párrafos.

Concordancias encontramos entre el artículo que nos ocupa y el art. 832 del Código de Italia, en el que se preceptúa que las disposiciones en favor de los pobres ú otras análogas expresadas en general sin determinar el uso, obra pía ó establecimiento público á cuyo favor se hayan hecho, ó cuando la persona encargada por el testador para determinarlas no quiera ó no pueda aceptar el cargo, se considerarán hechas en favor de los pobres del lugar en que tuviere su domicilio el testador al tiempo de la muerte, y serán entregadas al instituto local de caridad.

Preceptos análogos encontramos en el Código de Chile, art. 1056; en el de Holanda, art. 925; en el de México, arts. 3442 al 3444; en el de la Baja Califor-

nia, arts. 3305 al 3307, y en el de Campeche, arts. 3442 al 3444; en los que se preceptúa que la disposición hecha en favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, aprovecha sólo á los del domicilio del testador en la época de su muerte, sino consta claramente haber sido otra su voluntad: que la calificación de pobres y la distribución, se hará por la persona que ha designado el testador; en su falta por el albacea, y en falta de éste por el Juez: que si es el Juez quien hace la calificación y distribución debe aplicar los fondos á los Hospitales ó Casas de Beneficencia ó de Educación, dependientes del Gobierno.

Art. 750. Toda disposición en favor de persona incierta será nula, á menos que por algún evento pueda resultar cierta.

Claro es que las disposiciones hechas en favor de personas inciertas no pueden prosperar, pues las últimas voluntades han de referirse para la disposición de sus bienes á determinadas personas que, continuando la personalidad del testador al tiempo de su muerte vean transferidos en ellos los bienes de que el testador dispuso; de lo contrario, faltará uno de los extremos indispensables y determinantes de todo testamento; mas esa persona, incierta de momento, puede resultar cierta, como sucedería en un ausente de ignorado paradero, que hallándose presente cuando el testamento se otorgó, no se conociere su residencia al tiempo del fallecimiento del testador, pues en este caso se atendería á lo que previene el art. 194 de este mismo Código, aun después de declarada firme la sentencia de presunción de muerte de dicho ausente, y recobraría los bienes que le correspondieran en el estado en que se encontrasen; sin perjuicio de tener presente también lo que preceptúa el art. 196 de este mismo Código.

El Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 561, y el Proyecto de 1882 en su art. 747 proponían preceptos análogos; y encontrando precedentes en el párrafo 25, tit. 20, lib. 2.° de la Instituta, vemos, más que concordancia, identidad en los arts. 877 del Código de Veracruz-Llave, y 747 del Código de Uruguay; siendo análogo, el 823 del Código de Guatemala, y el art 1741 del Código de Portugal en su última parte; como lo es el art. 834 del de Italia en el que se preceptúa será nula toda disposición hecha á favor de una persona incierta que haya de designar un tercero, pero será válida la disposición á titulo particular en favor de una persona elegida por un tercero entre las muchas personas designadas por el testador ó pertenecientes á familias ó cuerpos morales determinados por el mismo; así como también será válida la disposición á título particular en favor de uno entre muchos cuerpos morales determinados por el testador.

Art. 751. La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los mas próximos en grado.

Es evidente el precepto del art. 751 que acabamos de consignar, pues si el testador hace un testamento, que bien pudiéramos llamar ecléctico, por la mezcla que contiene de sucesión testada é intestada, nada tiene de particular que el legislador haya ordenado que cuando la disposición testamentaria se hace genéricamente en favor de los parientes del testador, entenderse debe hecha en favor de los parientes más próximos, y esto es tan claro que no necesita demostración, pues las verdades axiomáticas no se justifican, como no es fácil demostrar que es de dia cuando la luz del sol nos alumbra; pues por un testamento indeterminado ó en el que no se expresa claramente los herederos que han de suceder al testador, es inconcuso que los más próximos herederos no han de perder el derecho que á suceder tenían abintestato por la disposición en que genéricamente se llama á los parientes del testador.

El Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 562, y el Proyecto de 1882 en su art. 748 propusieron preceptos análogos; y concordancias encontramos, tanto en el art. 572 del Código de Prusia, como en el art. 748 del Código de Uruguay, que en la esencia es igual al nuestro, y en los arts. 559 del Código de Austria, 1064 y 1065 del de Chile, 3379 del de México, 3242 del de la Baja California y 3379 del de Campeche; expresándose en estos tres últimos, que, *la disposición vaga en favor de parientes del testador, se entenderá hecha en favor de los más próximos, según el orden de la sucesión legítima*, casi exactamente de un modo igual á lo que preceptúa el art. 748 del Código de Uruguay antes citado, siendo identicas tambien en su esencia las prescripciones de los artículos 878 del Código de Veracruz-Llave y 1742 del Código de Portugal.

Art. 752. No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, ó de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto.

De antiguo ya venian consignándose en nuestras leyes patrias preceptos análogos al que acabamos de consignar, pues el Rey Carlos III hizo extensiva á toda la nación esta prescripción que consignada se vé en la Cédula de 18 de Agosto de 1771, asi como en la Ley 15, tit. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, en cuyas disposiciones se declaró incapaz para suceder por testamento al confesor del testador en su última enfermedad, á fin de evitar, según dicha Cédula, que los confesores, aprovechándose de los postrímeros momentos del causante, persuadieran al moribundo para que en beneficio de su alma le dejase sus bienes y olvidase por completo á los individuos de su familia por quien naturalmente habia de sentir predileccial afecto. Y más tarde el Real decreto de 30 de Mayo de 1830 vino á completar tal precepto prohibiendo á dichos con-



fesores, sus parientes y comunidades religiosas, no sólo la herencia, sino hasta el encargarse de los sufragios mandados por el testador; así es que realmente no es nuevo este precepto, y conceptuamos que, dada la tolerancia religiosa que hoy domina en nuestra patria, se entienda este precepto relacionado con los ministros de cualquier religión positiva que dentro de nuestro país hicieren propaganda en pro de sus ideales y asistiesen espiritualmente al testador en su última enfermedad, como se hace en México, en la Baja California y en Campeche, en cuyos Códigos, sin más que leer los arts. 3434 del primero y último, y 3797 del segundo, se convence cualquiera de que por presunción del influjo contrario á la libertad del autor de la herencia, son incapaces de heredar por testamento el médico y el Ministro de cualquier culto que asistan al difunto en la última enfermedad, á no ser que fueren también herederos legítimos.

Iguales preceptos se ven consignados en los números 1.°, 2.° y 3.° del artículo 920 del Código de Veracruz-Llave, en el 1769 del Código de Portugal que se refiere á los médicos y á los confesores que ausiliaren al enfermo en su última enfermedad, en el 965 del Código de Chile, en el 811 del Código de Guatemala, número 2.° y 5.°, extendiendo en el primero la prohibición al confesor del testador aun cuando no sea en su última enfermedad y hasta á los que le hubieren confesado una sola vez durante su vida; y en el número 5.° citado, extiende la incapacidad no sólo á los médicos, sino a los cirujanos y los boticarios que hubieren asistido al testador en su última enfermedad, á menos que fueren parientes del mismo, consanguíneos dentro del cuarto grado, como prohibe también adquirir por testamento al confesor, el art. 801 del Código de la República Oriental del Uruguay; mientras que el art 1739 del Código de la República Argentina declara que son incapaces de suceder y recibir legados los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del cuarto grado, sino fueren parientes del testador; las iglesias en que estuvieren empleados, con excepción de la iglesia parroquial del testador y las comunidades á que ellos pertenecieren; viniendo después el art. 3740 á prevenir que tiene la misma incapacidad el ministro protestante que asista al testador en su última enfermedad; lo cual es muy lógico, porque no consiste precisamente en la confesión que recibe el sacerdote católico, el ausilio espiritual que dirije la conciencia del moribundo, sino que cada religion positiva, según su ritual, tiene medios más ó menos oportunos, más ó menos, atinados más ó menos conformes con los principios de moral universal, para encaminar los actos humanos á un fin determinado; y si ciertas prohibiciones se establecen por temor de que el mal sacerdote, dirigiendo sus miras más al mundo de lo terreno que al mundo del espíritu y de la conciencia, abuse de los séres que le creen fervorosamente, inclinándoles á que dispongan de sus bienes en su favor, no ha de establecerse una desigualdad absurda en el terreno de las prohibiciones entre los Ministros de una y otra religión positiva.

El art. 909 del Código Civil de Francia prohibe á los Doctores en medicina y cirujía, practicantes y farmacéuticos, aprovecharse de las disposiciones entrevivos ó testamentarias que hicieren las personas á quien hubiesen asistido en su última enfermedad, y el art. 909 del Código Belga contiene iguales prescripciones, estableciendo la excepción natural del parentesco del difunto y las disposiciones remuneratorias hechas á título particular en proporción á su fortuna y á los servicios que le hubieren prestado.

Los Proyectos de Código Civil de 1851, en su art. 616, y de 1882, en su artículo 749, proponian iguales preceptos, que se ven confirmados en repetidas Sentencias del Supremo Tribunal de Justicia, entre ellas la de 22 de Diciembre de 1884.

Art. 753. Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera despues de su aprobación.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciere en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge.

Por lo que hemos expuesto al tratar de la tutela, y de los deberes que el tutor tiene despues del cumplimiento de su cargo, se habrá comprendido que el tutor ó sus herederos, acabada que sea la tutela, están obligados á dar cuenta de su administración, acompañando los justificantes de dicha cuenta; todo lo cual será censurado é informado por el consejo de familia dentro de un plazo que no excederá de seis meses; y si, según el art. 285 de este mismo Código, hasta que transcurriesen quince dias después de la rendición de estas cuentas justificadas, no puede el que acaba de ser menor y entra en la mayor edad, celebrar convenio alguno con su extutor, mucho menos podrá ser dicho tutor nombrado heredero de su pupilo antes de haber rendido cuentas definitivamente de las gestiones de la tutela, por más que el testador fallezca después de la aprobación de dichas cuentas; pues si bien es cierto que la ejecución del testamento no ha de realizarse hasta después de la muerte del testador, como quiera que en el testamento hay que atender á dos épocas, ó sea á la del otorgamiento, que es de donde nace la expresión de la voluntad del hombre disponiendo de sus bienes para después de sus dias; y á la de la muerte del testador que es donde arranca la consolidación de los derechos del heredero, es natural que partiendo esa disposición de un momento en que el testador puede ser sugerido por el instituido, debe cónsiderarse dicha disposición como nacida bajo un vicio de nulidad y por consiguiente ineficaz.

Hace sin embargo, una excepción este articulo en su último apartado en favor de los ascendientes, descendientes, hermano, hermana ó conyuge del testador, pues aunque este testamento se haya otorgado antes de que estos, siendo tutores respectivamente del menor, rindieran cuentas ó fueran aprobadas, como quiera que el mayor cariño de la familia por un lado supone no ha de dar lugar á una maliciosa sugestión, y por otro lado si falleciere sin testar el causante, los bienes habian de adquirirlos dichas personas por sucesión legítima, á no ser que tuviese hijos dicho causante, no podia menos de establecerse tal esccepción bajo los auspicios de la equidad y la justicia.

En relación está el articulo que nos ocupa con los arts. 211 y 281 de este mismo Codigo en los que se determina quienes son los llamados á ejercer la tutela legitima en primer término, y la imperiosa necesidad que de rendir cuentas de su administración tienen el tutor ó sus herederos al que sometido estaba á dicha tutela; y concordancias tales encontramos entre dicho articulo 753 de nuestro Código y el 769 del Código de Italia, del que parece copiado éste el precepto que nos ocupa, y tal es su identidad en su esencia y en su redacción que apenas se vé diferencia en algunos de sus periodos; concordando tambien con el art. 907 del Código de Francia, con el 569 del de Vaud, el 907 del de Bélgica, con el 551 del de Holanda, con el 1767 del de Portugal, con el 1466 del de Luisiana y el 1736 del de la República Argentina.

Art. 754. El testador no podrá disponer del todo ó parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, ó de la esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el art. 682.

Esta prohibición será aplicable á los testigos del testamento abierto, otorgado con ó sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son tambien aplicables á los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales.

Se vé de un modo claro que la redacción de este articulo obedece al principio de evitar sea sugerido el testador por parte de la persona que interviniese en el otorgamiento de su testamento para dirigir su última voluntad á un fin determinado, asi es que en todos los Códigos modernos se vé sustentado este principio, y, como justo y equitativo, prevalece desde que de antiguo se propuso en el Derecho Romano, y en nuestro antiguo Derecho pátrio se confirmó por la Ley 11, tit. 1.º, Partida 6.ª, de la que parecen tomados los preceptos del articulo que nos ocupa; y ya la Ley del Notariado, en su art. 28, determinaba que no producirian efecto las disposiciones hechas á favor de los parientes

dentro del cuarto grado civil ó segundo de afinidad del Notario; como declara nulo el art. 27 de dicha Ley Notarial, todo instrumento que contenga alguna disposición á favor del Notario autorizante. Y en el art. 3299 del Código Civil de la Baja California, como en el art. 802 del Código de Uruguay, en el número 6.º del art. 811 del Código de Guatemala, el 1772 del de Portugal y otros varios que á la vista tenemos, presumiendo influjo contrario á la libertad del autor de la herencia, se declara nulo el testamento otorgado en favor del Notario autorizante; concordando con lo que acabamos de expresar, el art. 975 del Código Francés en su relación con el 1001; los arts. 1585 y 1586 del de Luisiana, los arts. 3436 de los Códigos de México y Campeche, los arts. 771 y 772 del de Italia, el 133 del de Prusia, el 594 del de Austria, el 954 y 991 del de Holanda, el 655 del de Vaud, el 1061 del de Chile, el 3664 del de la República Argentina, el 901 del de Nápoles, y el 927 del de Veracruz-Llave.

Art. 755. Sera nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta.

El legislador aquí ha tratado de evitar toda manera de infringir la Ley, y para que nunca sea valedera disposición alguna testamentaria á favor de un incapaz, ha dado el precepto de este artículo á fin de que ni aun bajo el supuesto de un contrato oneroso, ó interviniendo aparentemente una tercera persona, pueda prevalecer una disposición en la que se falta á los requisitos exigidos por este mismo Código; y siguiendo los principos que sustentaba el Derecho Romano y que luego vinieron á transcribirse en nuestra Ley de Partida, aunque sin la exageración de aquellas legislaciones, por virtud de las cuales se adjudicaba al Fisco lo que se dejaba indirecta y fraudulentamente como por fideicomiso á un incapaz, ha venido á determinar lo que conforme está con el articulo siguiente y con otras varias disposiciones del mismo.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 616, y el Proyecto de 1882, en su artículo 753, proponían preceptos análogos; y concordancias encontramos en los arts. 911 del Código Civil Frances, 803 del de Uruguay, que son iguales en la esencia al nuestro; 3741 del de la República Argentina que coincide con el 929 del de Veracruz-Llave; con el 958 del de Holanda, 827 del de Nápoles, 1978 del de Luisiana, 572 del de Vaud, 966 del de Chile, 773 del de Italia, 911 del de Bélgica y otros varios: debiendo hacer presente que tanto el Código de Veracruz-Llave como el de la República Argentina, reputan personas interpuestas, el padre, la madre, los hijos y descendientes, y el cónyuge de la persona incapaz; añadiendo el Código Argentino que: *el fraude á la Ley puede probarse por toda clase de pruebas*; como dando á entender que el juzgador no ha de poner óbice alguno en cuanto tienda al descubrimiento de un fraude.

No cabe duda que se puede disfrazar un legado á beneficio de un incapaz, de dos modos: por interposición de una persona, y por un contrato simulado: la interposición de una persona se hace por un fideicomiso tácito, encargando verbalmente la entrega de la herencia ó del legado á la persona incapaz que se desea favorecer por el acto de liberalidad que con arreglo á la ley no puede efectuarse. La ley por varias presunciones de derecho llega á deducir que hay interposición de personas; pues las afecciones que unen á las ascendientes con los descendientes, al marido con la mujer y á cada cual con sus afines, dan á entender una comunidad de intereses que viene á establecer la lógica presunción de que lo que se lega al padre ó á la madre, al cónyuge ó al descendiente de un incapaz se conceptúe legado al mismo incapaz; mas para esto el legislador no puede dar reglas fijas porque es difícil definir lo que depende del concepto que en cada caso, y por las circunstancias que rodean al asunto puede formar el Juzgador: por lo cual sólo el buen juicio y la prudencia de un Juez conocedor del derecho á la vez que del corazón humano, podrá decidir con acierto acerca de si la disposición testamentaria es sincera ó simulada, y las conjeturas que se deriven del parentesco, del interés de la comunidad de afecciones y sentimientos con un determinado ascendiente, pueden influir en gran manera al descubrimiento de una intención fraudulenta ó al aseguramiento de la verdad de la ultima disposición testamentaria. Puede suceder también que el testador simule deudas con las personas verdaderamente incapaces para heredarle por testamento, figurando que el confesor en su última enfermedad, ó el que por haber atentado contra su vida fuera incapaz para sucederle, eran acreedores de las cantidades que no pudiera legar; pero esto depende, repetimos, del buen criterio del Juzgador, criterio al que ha de ayudarse indudablemente con el estudio de varias sentencias de los Tribunales, entre ellas las dictadas por el Tribunal de Casación Francés, en 28 de Marzo de 1857, en 3 de Junio de 1861, en 26 Febrero de 1862, en 6 de Agosto de 1862, en 8 de Marzo de 1864 y otras varias.

Art. 756. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.° Los padres que abandonaren á sus hijos y prostituyeren á sus hijas ó atentaren á su pudor.

2.° El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho á la legítima.

3.° El que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4.° El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar.

5.° El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

6.° El que, con amenaza, fraude ó violencia, obligare al testador á hacer testamento ó á cambiarlo.

7.° El que por iguales medios impidiere á otro hacer testamento, ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantare, ocultare ó alterare otro posterior.

Diversas causas de incapacidad para suceder habia de establecer necesariamente el Código, puesto que son, en efecto, diversos los motivos que pueden producir esa incapacidad: son incapaces de suceder las criaturas abortivas, según hemos indicado al comentar el art. 745, porque realmente no han adquirido la categoría de personas; quedando reducidos á la triste condición de fetos, sin vida propia, sin personalidad, y por consiguiente sin esos derechos que sólo las personas naturales y jurídicas pueden tener, porque sólo las personas consideradas son como *sujetos del derecho*. Son incapaces las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley, porque, si la ley no permite su constitución, carecen de existencia legal, y, faltándoles este requisito, no pueden conceptuarse personas jurídicas, que sería bajo el único aspecto que podrian heredar.

Sin existencia no puede haber capacidad para suceder.

Tienen incapacidad para suceder algunas personas y corporaciones existentes, pero que por miras económico-sociales los Gobiernos de los pueblos, por temor de bastardeos, influjos y faltas de expontaneidad en la última voluntad deben prohibirse, como sucede con los sacerdotes que auxilian al testador en su última enfermedad, con los tutores respecto de sus pupilos, el Notario, etc., etc., y cuantos pueden influir en que esa última voluntad no sea libérrima y expontánea, requisitos sin los que se desnaturaliza el testamento. Ya hemos tratado de tales incapacidades aunque no con la detención que hubiéramos deseado, porque no disponemos de tiempo para ello, ni podemos dar á esta obra toda la extensión que fuera de desear.

Tócanos ahora tratar de los que son incapaces de suceder por causa de indignidad, y aquí vemos que el legislador, en este art. 756 de nuestro Código, no solo ha dado muestra inequívoca de su conocimiento del derecho sino de los más elevados sentimientos de moral, y de lo que el corazón humano muchas

veces puede torcer, á pesar de la dignificación del espíritu que, en su esencia, rechaza generalmente lo malo y lo mezquino. Pero el legislador, conociendo bien estas grandes ideas, estos principios de moral universal bajo los cuales nada habría que dejase de ser digno, elevado y noble; conocedor también de las pasiones que embargan á la humanidad; conocedor de los mezquinos pensamientos de rastreros séres, de esos mezquinos y raquíticos embriones de la naturaleza, de esas excrecencias sociales que traducen el honor en vileza, la generosidad en ingratitud, la religión en hipocresía, la virtud en engaño, y el bien obrar á que la naturaleza nos tiene destinados, en la maldad y el crimen más nefando, bien preparado, no ha podido menos de sentar reglas para los indignos, separándoles del común de las gentes y conceptuándoles incapaces para suceder.

Así es que en el primer caso, fijándose en primer término en el primero de los deberes que la naturaleza impone á la paternidad, declara incapaces para la sucesión de sus hijos á aquellos padres despiadados que les abandonaron, que no hicieron ni aún lo que las fieras hacen con sus propios hijos; y los que, careciendo de toda idea de pudor, prostituyen á las hijas, ó siguiendo los malos instintos de una lubricidad no comprendida cual la misma naturaleza y la moral exigen, atentaron contra el pudor de los desgraciados séres á quienes tales mónstruos dieron vida.

¡Cuánto sobre esto podría decirse! Pero no estamos para engolfarnos en disertaciones morales, que los hombres de derecho se habrán hecho más de una vez en su conciencia y en su soledad, cuando hayan recapacitado sobre los diversos casos que á su consulta llegaron.

El segundo caso de indignidad, por el que el hombre se hace incapaz de suceder, es el de ser condenado en juicio por atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Nosotros hubiéramos adicionado ese apartado incluyendo también en él á los que de cualquier manera hubieran mostrado ingratitud contra su *benefactor*, pues no es sólo por el atentado material por el que se demuestra la maldad y perversión del hombre que así obra, sino también por otros actos tan trascendentales como el grosero atentado contra la vida del protector, que vale menos que la fama, la honra del que tiene una alma verdaderamente noble y generosa.

En su lugar está la pérdida de los derechos que pudiera tener como heredero forzoso el ofensor, que el desprecio público merece, y más que nada el de las personas sensatas.

Precedentes encontramos en las Leyes 3.ª, tít. 9.º, lib. 34, y 7.ª, tít. 20, lib. 48 del Digesto; Ley 7.ª, tít. 13, Part. 6.ª, y Ley 4.ª, tít. 9.º, lib. 3.º del Fuero Real.

Es el tercer caso, en puridad de verdad, la falsa denuncia; si bien con algún tanto de exagerada benevolencia, se limita el caso por este Código, puesto que hace preciso que el delito denunciado tenga señalada en la ley pena aflictiva,

y que la acusación sea declarada calumniosa, cuando para nosotros debiera bastar esta circunstancia, cualquiera que fuese la penalidad señalada á la clase de delitos denunciados.

Precedentes vemos en las Leyes 1.ª y 5.ª, tít. 9.º, lib. 34 del Digesto.

El caso cuarto obedece también á principios de Justicia y equidad; pues sabedor uno que su causante ha muerto violentamente, sino dá parte á los Tribunales cuando éstos no han procedido de oficio, implica complicidad la mayor parte de las veces, y siempre un tan poco afecto á la persona á quien sucede, que le hace indigno de heredarle, viéndose ya este caso previsto en las Leyes 17 y 21, tít. 9.º, lib. 34 del Digesto, Ley 6.ª, tít. 35, lib. 34 del Código Justinianeo, Ley 13, tít. 7.ª, Part. 6.ª y Ley 11, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

El quinto caso castiga la inmoralidad, la ingratitud y el adulterio, declarando incapaz al que comete la torpe acción del adulterio con la mujer del que en su favor dispuso, llegando hasta la villanía de abusar de la confianza que, al que se vendió como amigo, supo inspirar; para lo cual nuestro Código se inspira en los mismos principios que informaba la Ley 13, tít. 7.º, Part. 6.ª

En el caso sexto háse previsto, como no podia menos de suceder, para que la última voluntad del hombre sea todo lo expontánea y libre que debe ser; pues habiendo inspirado el testamento una amenaza, un fraude ó una violencia, pierde los caracteres que debe tener, y deja de ser eficaz: de lo cual se ven precedentes tanto en el Código Justinianeo como en el Digesto: y en nuestra patria encontramos también antecedentes muy especialmente en la Ley 3.ª, tít. 9.º, lib. 3.º del Fuero Real y en la Ley 26, tít. 1.º, Part. 6.ª

El septimo caso viene también á prevenir cuantos medios atentatorios á la libre y expontánea voluntad del testador puedan ocurrir, no solo para testar ó cambiar el testamento, como dice el número precedente, sino para impedir á otro testar ó para revocar el testamento que tuviere hecho; determinando también como castigo la incapacidad de suceder para todo aquel que suplantare, ocultare ó alterare otro testamento posterior. Y estos preceptos del número 7.º tienen sus precedentes en varias Leyes del tít. 26, lib. 29 del Digesto, en otras del tít. 34, lib. 6.º del Código Justinianeo, y en la ley 26 y sus concordantes del tít. 1.º, Part. 6.ª, así como en la ley 3.ª, tít. 9.º, lib. 3.º del Fuero Real.

En relación están los preceptos de este artículo con varios otros del mismo Código, entre ellos el 155, 171, 320, 673, 674, estos dos últimos muy especialmente, y el 807, sin que tampoco dejen de tenerla con los arts. 448 al 450, 459, 465 y 466, y el número 5 del 603 del Código penal.

El art. 617 del Proyecto de 1851, y el 754 del Proyecto de 1882, proponían preceptos análogos; y debe hacerse presente que los casos á que se refiere el párrafo segundo del número cuarto, están comprendidos en los arts. 260, 261 y 263 de la Ley de Enjuiciamento Criminal de 14 de Septiembre de 1882.

Concordancias encontramos entre el artículo que de nuestro Código nos ocupa ,y el art. 727 del Código Francés en el que se conceptúan indignos de suceder, y como tales se excluyen de la sucesión: 1.° Al que hubiere sido sentenciado por haber asesinado ó intentado asesinar á la persona de cuya sucesión se trate; 2.°, el que hubiere deducido contra éste una acusación que lleve consigo pena capital, y que se hubiere considerado calumniosa; y 3.°, el heredero mayor de edad que enterado de la muerte violenta de su causante no lo hubiere denunciado á la justicia: mientras que el Código de Italia en su art. 725, preceptúa que son incapaces como indignos de suceder: 1.°, los que hubieren matado voluntariamente ó intentado matar á aquel de cuya sucesión se trata; segundo, los que le hayan acusado de un delito que sea objeto de sanción penal, cuando los Tribunales hayan declarado calumniosa la acusación; 3.°, el que haga, obligado por la fuerza ó el miedo, á hacer un testamento ó modificarle; 4.°, el que le haya impedido hacer testamento ó revocar el ya hecho, ó el que haya suprimido, ocultado ó alterado testamento posterior; conteniendo iguales principios que el Francés el art. 727 del Código Belga; y análogos preceptos se leen en los arts. 885 del Código de Holanda, 968 al 972 del Código de Chile, 514 del de Vaud, 958 á 963 del de Luisiana, 762 del de Prusia, 540 del de Austria, 3428 del de México, 3291 del de la Baja California, 3428 del de Campeche; debiendo hacer presente que estos tres Códigos determinan que por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento ó por intestado los comprendidos en los once casos siguientes:

I El condenado por haber dado, mandado ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesión se trate, ó á los padres, hijos ó cónyuge de ella.

II El que haya hecho contra el autor de la sucesión ó contra su cónyuge, acusación de delito que merezca pena capital ó prisión, aun cuando aquella sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge ó su hermano; á no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida ó la de alguno de sus descendientes, ó ascendientes, ó hermano, ó cónyuge.

III El cónyuge que sobreviva y haya sido declarado adúltero en juicio durante la vida del otro, ó que estuviere divorciado y hubiere dado causa al divorcio, si se tratara de la sucesión del cónyuge difunto.

IV La mujer condenada como adúltera en vida de su marido, si se tratara de la sucesión de los hijos legítimos habidos en el matrimonio en que cometió el adulterio.

V El padre y la madre, respecto del hijo expuesto por ellos.

VI El que hubiera cometido, contra el honor del difunto, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres, un atentado por el que deba ser castigado criminalmente, si así se declara en juicio.

VII El que usare de violencia con el difunto para que haga, deje de hacer, ó revoque su testamento.

VIII El padre ó la madre respecto de sus hijos naturales ó expúreos, y de los descendientos de éstos, si no ha reconocido ó designado á aquellos.

IX Los declarados incestuosos, siempre que se trata de la sucesión del uno respecto del otro.

X El que, conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, sustitución ó suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debía corresponder á éste ó á las personas á quienes se haya perjudicado ó intentado perjudicar con esos actos.

XI El cómplice del cónyuge adúltero, siempre que se trate de la sucesión de éste, si ha recaido sentencia judicial antes de la muerte del autor de la herencia.

También el Código de Uruguay señala, en su art. 804, cinco casos, por los cuales las personas se hacen indignas de adquirir por testamento, coincidiendo el primero con el segundo de nuestro Código; el segundo de Uruguay con el cuarto nuestro, con la variante de señalar aquél setenta dias; el tercero con el mismo número del nuestro; y el quinto de Uruguay con los sexto y séptimo del articulo que comentamos; estando contenido el caso cuarto del repetido Código de Uruguay en los siguientes términos: 4.° *El pariente que sabiendo ser heredero presuntivo del difunto, y hallándose éste demente y abandonado no cuida de recojerle ó hacerle recojer en un establecimiento público.*

Asimismo el art. 920 del Código de Veracruz-Llave expresa las incapacidades para heredar, por testamento, comprendiendo trece números, de los cuales corresponden á la incapacidad por indignidad los números 5.° al 13.° que contienen las mismas causas que nuestro Código, y además el adulterio respecto al cónyuge superstite para heredar al difunto; respecto á la mujer condenada como tal adúltera en vida de su marido, si se trata de la sucesión de ios hijos legitimos habidos en el matrimonio en que se cometió el adulterio; y el no reconocimiento por los padres, de sus hijos naturales para heredar á estos ó á sus descendientes.

El Código de Portugal, por más que algunos publicistas aseguran que concuerda con el nuestro en el art. 968 según unos, y en el art. 1762 según otros, no tiene tales concordancias, puesto que en el art. 968 se trata de que el Registro provisional es obligatorio para las dotes etc.; y en el art. 1762 de dicho Código se preceptúa que los testamentos con fecha legal, anterior á la promulgación de aquél Código, que no estén conformes con lo dispuesto en él respecto á las formas ó solemnidades externas, producirán efecto, etc. etc. Y nosotros, para no hacer citas inexactas con los Códigos á que nos referimos á la vista, tenemos de expresar que el art. 1779 del Código citado de Portugal preceptúa que no pueden adquirir por testamento, salvo á titulo de alimentos ó de legado en dinero ó en cosas muebles: 1.° las religiosas profesas etc.; 2.° los que sufren condena en los términos del art. 353; y luego el art. 1782 del mismo Código previene que: *los que sufrieren condena por haber atentado contra la vida del testador, ó concurrido eu cualquier forma para llevar á cabo el delito, y*



los que impidieren por violencia, amenaza ó fraude que el testador revoque su testamento, no podrán aprovecharse de las disposiciones hechas á su favor, y que en el caso de tentativa contra la vida del testador, sobreviviendo éste, será válida la disposición posterior al crimen, si el testador tuviese conocimiento de él, y tambien podrá surtir efecto si el testador declarase expresamente que persistía en su última voluntad: de manera, que realmente la única concordancia que encontramos adaptable en el Código de Portugal es la que acabamos de consignar.

Art. 757. Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

Poco ó nada puede decirse sobre este particular, pues se sienta el principio en este precepto de que cuando esas causas de indignidad, que más que á la sociedad afectan al individuo á quien la ofensa se dirigió, éste remite la pena, y por un acto de expontánea voluntad, sabiendo la situación especial que se le creó por un ser indigno ante la Ley de sucederle, le rehabilita y le condona implícita ó explícitamente, el legislador respeta ante todo la voluntad del testador, y admirando lo que gran magnanimidad puede significar, ó lo que de otro modo pudiera calificarse, según los casos, declara en el artículo 757 que nos ocupa, que *dejan de surtir efecto las causas de indignidad si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si las remitiese en documento público en el momento que las conociere.* El art. 1216 de este Código dice lo que son documentos públicos.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 619, y el Proyecto de 1882, en su art. 755, proponían preceptos análogos; y concordancias encontramos en varios Códigos extranjeros, entre otros en los arts. 726 del de Italia, 973 del de Chile, 540 del de Austria, 969 del de Luisiana, 1782 en su apartado último del de Portugal, 806 del de Uruguay, 3430 y 3431 del de México, 3293 y 3294 del de la Baja California, 3430 y 3431 del de Campeche y 932 del de Veracruz-Llave.

Art. 758. Para calificar la capacidad del heredero ó legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2.°, 3.° y 5.° del art. 756 se esperará á que se dicte la sentencia firme, y en el núm. 4.° á que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución ó legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

Como que la ejecución del testamento no puede realizarse sino después de la muerte del testador, de aquí el que el artículo que nos ocupa contenga preceptos como el de su primer apartado, en el que se preceptúa que, para calificar la capacidad del heredero ó legatario se atenderá al tiempo de la muerte del testador á quien se sucede. En cambio el derecho romano exigía también capacidad al tiempo de otorgarse el testamento, fundándose en el principio de Caton *quod ab initio viciosum est, tractu temporis convalescere non posse* sostenido en varias leyes del Digesto correspondientes al tít. 7.°, del lib. 34, y tít. 17, del lib. 50; si bien la Instituta, en el tít. 19 de su libro 2.°, venía á exceptuar de dicho principio las herencias y legados condicionales; y la Ley 22, título 13, Part. 6.ª, declaraba que los herederos forzosos debían tener capacidad para suceder en el momento de la muerte del testador, y los herederos voluntarios necesitaban esa capacidad al otorgarse el testamento.

En cuanto á las reglas sentadas en el segundo apartado del artículo que comentamos, respecto á los casos 2.°, 3.° y 5.° del art. 753, es natural que para calificar la capacidad del heredero ó legatario, se espere el resultado de la sentencia firme que se dicte contra el que atentó contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes; que se espere también el resultado de la acusación hecha por el heredero ó legatario contra el testador que le dejó sus bienes, que es precisamente el caso á que se refiere el número 4.° del artículo anteriormente citado; y que se espere así mismo el resultado del juicio por adulterio con la mujer del testador, pues evidente es que la incapacidad para suceder por tales conceptos, depende del resultado definitivo que por sentencia firme hubiere en cada uno de los casos especiales á que nos referimos. Y respecto del número 4.° de dicho art. 756, tampoco cabe duda que debe transcurrir el mes, dentro del cual debía haberse dado parte al Tribunal de la muerte del testador para la aplicación de tal incapacidad, pues mientras no pase ese término sin hacer tal denuncia, es imposible que pueda incluirse á persona alguna dentro de ese número 4.° de incapacidad para suceder por causa de indignidad.

Y si la institución ó legado fueren condicionales, es también claro que no sólo ha de atenderse al tiempo de la muerte del testador, sino al tiempo del cumplimiento de la condición impuesta para calificar la capacidad del heredero ó legatario.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 620, y el Proyecto de 1882, en su art. 757, proponían preceptos análogos, aunque sin ocuparse de lo que hoy nuestro Código trata en el apartado segundo del artículo que comentamos.

Concordancias vemos en el art. 718 del Código Francés, mejor dicho, ciertas analogías, en cuanto á la apertura ó ejecución del testamento, por cuanto al expresar dicho artículo, que las sucesiones se abrirán por la muerte del testador, quiere decir el precepto Francés, que la ejecución del testamento

no tiene lugar hasta que fallece el testador, sin que se ocupe de lo demás que trata el artículo que de nuestro Código comentamos; con lo cual está conforme el art. 718 del Código de Bélgica. Concuerda también con el articulo que de nuestro Código al presente nos ocupa, el 994 del Código de Luisiana, el 545 del de Austria, el 962 del de Chile; los arts. 918 y 933 del Código de Veracruz-Llave, los dos primeros apartados del art. 807 del Código de Uruguay, que son iguales al primero y último apartado del artículo que comentamos, el art. 3311 del de la Baja California, el 3448 de los Códigos de México y Campeche, y otros varios.

Art. 759. El heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos.

Objeto ha sido de sérias controversias la tésis que se sustenta en este artículo, por cuanto tendencias bien distintas se observan en los publicistas que del particular se ocuparon.

Por más que haya quien quiera comparar las instituciones y los legados con las obligaciones condicionales, vemos muy distinto modo de ser en unas y en otras. En las obligaciones condicionales hay tal reciprocidad ó relación jurídica entre las personas contratantes, que en ambas partes nacen derechos correlativos y obligaciones mútuas; por lo cual, el que contrata lo hace para sí y para sus herederos; mientras en las últimas voluntades, en los testamentos, aunque en ellos se constituya heredación ó legado condicional, el testador nada adquiere más que la satisfacción de transferir á otro sus bienes para después de su muerte, pues obra siempre movido por los impulsos generosos de su corazón, por afecto al heredero, ó en consideración á las circunstancias especiales de las personas en cuyo favor se dispone. Además, en el testamento, si bien cuando la disposición es pura, atenderse sólo debe para su ejecución á la situación del favorecido en el momento de la muerte del causante, cuando la institución ó el legado es condicional debe atenderse á dos épocas, á la del fallecimiento del testador y á la del cumplimiento de la condición. Por ello, hasta que la condición se cumpla, no puede ejecutarse aquella disposición condicional; y por ello también si el heredero ó el legatario fallecieren antes de que la condición se cumpla, no trasmite ni trasmitir puede á sus herederos un derecho que no adquirió ni podía adquirir hasta el cumplimiento de la condición impuesta, pues el derecho del legatario condicional no nace, no arranca precisamente como el de los demás legatarios y herederos del momento histórico de la muerte del testador, sino del cumplimiento de aquella condición que se le impuso.

Precedentes encontramos en el tit. 51, lib. 6.° del Código Justinianeo, en las Leyes 4.ª y 5.ª, tit. 2.°, lib. 36 del Digesto y en las Leyes 34 y 35, tit. 9.°, Par-



tida 6.ª, encontrándose en relación con el art. 660 y el núm. 2.º del art. 982 de este Código que comentamos, en cuanto se refiere al derecho de acrecer que para unos puede originarse por el fallecimiento de otro heredero ó legatario antes que el testador; y el Proyecto de 1851 en su art. 620 tiene un precepto idéntico al nuestro; siendo también análogo á lo que el art. 758 del Proyecto de 1882 proponía.

Concuerda con el art. 1040 del Código de Francia, con el art. 962 del de Chile, con el 831 del de Guatemala, y muy especialmente con el apartado 3.º del art. 807 del Código de Uruguay, que es igual al art. 759 que de nuestro Código comentamos, con el art. 1778 del Código de Portugal en su última parte, con los arts. 3449 y 3450 del Código de México, 3312 y 3313 del Código de la Baja California, y los arts. 3449 y 3450 del Código de Campeche, cuyos tres Códigos, idénticos en su redacción y esencia, vienen á sentar que: *si la institución fuere condicional, se necesitará que el heredero sea capaz al tiempo de la muerte del testador, y al tiempo en que se cumpla la condición*; y que *el heredero voluntario que muere antes que el testador ó antes de que se cumpla la condición, el incapaz de heredar, y el que renuncia la sucesión, no trasmite ningún derecho á sus herederos.*

Art. 760. El incapaz de suceder, que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado á restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.

Es lógico y justo por demás que el legalmente incapaz para suceder que entrare en la posesión de los bienes hereditarios, se vea obligado á restituirlos con sus accesorios y cuanto por razón de los mismos hubiere percibido; pues si así no fuese, si hiciere suyos los frutos y rentas de lo contra ley adquirido, se favorecería la usurpación y el precepto legal quedaría conculcado.

Disposiciones varias del Digesto y del Código Justinianeo, como diferentes preceptos de la Ley de Partida, pueden considerarse como precedentes histórico-jurídicos de los principios que aquí se sustentan, (Ley 17, tít. 9.º, lib. 34 del Digesto; Ley 1.ª, tít. 35, lib. 6.º del Cód.; Leyes 26 y 27 del tít. 1.º, Ley 17, tít. 7.º, y Ley 4.ª, tít. 14, Part. 6.ª); y cierta relación tiene el art. 760 que de nuestro Código comentamos con otros del mismo Código, entre ellos los arts. 353, 354 y muy especialmente el 455, que es el que trata del abono de frutos percibidos de mala fé; habiéndose propuesto preceptos análogos en los arts. 622 del Proyecto de 1851, y 759 del Proyecto de 1882, de los cuales parece tomado el que nos ocupa con las variantes aceptadas de los Códigos de México, Baja California y Campeche.

Se ven concordancias en el artículo 729 del Código Francés, en el que se

previene que: *el heredero excluído de la sucesión como indigno, estará obligado á restituir todos los frutos y rentas que haya percibido, desde el momento en que la sucesión haya producido efecto*; en el art. 727 del Código de Italia, que preceptúa que el que haya sido excluído como indigno, estará obligado á restituir todos los frutos y rentas que hubiere percibido desde que tomó posesión de la herencia; en el art. 729 del Código de Bélgica, que dice lo mismo que el de Francia; en el 974 del de Chile, en el 886 del de Holanda, en el 531 del de Vaud, en el 963 del de Luisiana, en el 3452 del de México, en el 809 del Código de Uruguay, en el que se ordena que el indigno ó incapaz que haya entrado en posesión de los bienes, contra lo dispuesto en los artículos anteriores, está obligado á restituirlos, con todos los frutos y rentas que de ellos haya percibido, y con las accesiones que hayan tenido los mismos bienes, como el 3315 del de la Baja California, y el 3452 del de Campeche en los que se determina que el que siendo incapaz de suceder hubiere entrado en posesión de los bienes, deberá restituirlos con todas sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido; con lo cual están también perfectamente de acuerdo el Código de Nápoles, en su art. 652 y el de la República Argentina, en su art. 3305, que preceptúa que: *El indigno que ha entrado en posesión de los bienes está obligado á restituir á las personas á las cuales pasa la herencia por causa de su indignidad, todos los objetos hereditarios de que hubiere tomado posesión con los accesorios y aumentos que hayan recibido, y los productos ó rentas que hubiere obtenido de los bienes de la herencia desde la apertura de la sucesión*, de lo cual se deduce que el indigno es considerado siempre por el derecho como poseedor de mala fe.

Art. 761. Si el excluído de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima.

El excluído no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

El legislador con este precepto revela bien claramente que no quiere que las culpas de los padres vengan á recaer sobre los hijos, y llevando los efectos de la incapacidad en cuanto á la persona incapaz hasta excluirla del usufructo y la administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos, les concede á éstos su derecho á la legítima viniendo á gozar de dichos bienes directamente aun sin la transmisión que por conducto de sus padres se había de operar cuando aquellos no fueran incapaces. De manera, que la incapacidad para suceder perjudica sólo al incapaz, según los principios que informan nuestro Código, apartándose de lo que preceptuaban nuestras antiguas leyes

que, inspiradas en el derecho romano, venían á hacer extensiva la indignidad de los padres á sus propios hijos, perjudicando á éstos en manera notable.

El art. 623 del Proyecto de 1851, como el 760 del Proyecto de 1882, proponían preceptos casi idénticos al que nos ocupa, y contradiciendo éste los preceptos de los arts. 159, 160 y 467, tiene bastante relación con el 808, el 857 y el 924 al 929 del mismo Código.

Concuerda con los artículos 730 del Código Francia, 728 del Código de Italia, 730 del Código Belga, 887 del Código de Holanda, 976 del Código de Chile, 967 del Código de Luisiana, 3454 del Código de México, 3317 dél Código de la Baja California, 3454 del Código de Campeche, 810 del Código de Uruguay, 3301 del Código de la República Argentina y 936 del de Veracruz-Llave; debiendo hacer presente que mientras éste preceptúa en casi idénticos términos que el nuestro que si el excluido de la herencia por incapacidad ó indignidad es hijo ó descendiente del testador y tiene hijos ó descendientes, éstos tendrán derecho á la legítima del excluido, aunque haya otros herederos designados en el testamento; y en el caso de este artículo el excluido no podrá tener el usufructo ni la administración de los bienes que por esta causa hereden los hijos; el de la República Argentina, previene que: *Los hijos del indigno vienen á la sucesión por derecho propio y sin auxilio de la representación, no son excluídos por las faltas de su padre; mas, éste, no puede en ningún caso reclamar sobre los bienes de esta sucesión el usufructo que la ley concede á los padres sobre los bienes de sus hijos.*

El Código de la República Oriental del Uruguay, en su art. 810 antes citado, previene que: *Si el excluído de la herencia por incapacidad ó indignidad, es hijo ó descendiente del testador, y tiene hijos ó descendientes, tendrán éstos derecho á la legítima del excluído, aun en el caso de haber otros herederos testamentarios.—Sin embargo, el excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos menores:* lo cual viene á estar más conforme con el art. 728 ya indicado del Código de Italia que ordena que: *La indignidad de los padres ó ascendientes no perjudique á sus hijos ó descendientes, bien le sucedan in capita, ó por derecho de representación, pero ni el padre ni la madre tendrán sobre la parte de herencia entregada á sus hijos los derechos de usufructo ó administración que la Ley concede á los padres de familia*; mientras que tanto el art. 730 del Código Francés como igual artículo del Código Belga prescriben que: *los hijos del declarado indigno que tengan derecho á la herencia directamente y no por representación, no están excluídos por la falta cometida por su padre; pero éste, en ningún caso puede reclamar en los bienes de la misma herencia el usufructo que la Ley concede generalmente á los padres en los bienes de los hijos*. De manera que por lo que aparece en los diversos Códigos extranjeros examinados, con más ó menos laxitud en el criterio desenvuelto respecto á

este particular, todos están perfectamente conformes en que la incapacidad del padre, por cualquiera de las causas designadas por la Ley, no puede ni debe perjudicar á los menores que tuvieren derecho á la legitima que el testador había de transmitirles por conducto del incapaz.

Art. 762. No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado.

El precepto de este artículo no quiere decir otra cosa sino que así como las acciones prescriben en los términos que la Ley señala en el cap. 3.º, tít. 18, libro 4.º de este mismo Código según sean reales ó personales y versen las primeras sobre muebles ó inmuebles, aquí el legislador ha establecido que quien poseyere durante cinco años los bienes herenciales que por su incapacidad para suceder no debieron haber entrado nunca en su posesión, quede libre de la acción que según la Ley debe ejercitarse para declarar la incapacidad de un heredero ó legatario, en lo cual parece se han comparado tales acciones con las que necesario es ejercitar para el cumplimiento de algunas obligaciones comprendidas en el art. 1966 de este mismo Código.

Ya digimos al tratar del art. 1430, lo que por posesión natural debía entenderse; pues bien, el que sostenga la tenencia de una cosa ó disfrute de un derecho con intención de haber esa cosa y ese derecho como suyos por virtud de un heredamiento, á pesar de ser incapaz para suceder, no podía ser molestado por deducirse acción para declarar la dicha incapacidad cuando esa acción se establece transcurridos que hubieran sido los cinco años primeros desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó del legado.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 762, propuso un precepto análogo; y concordancias encontramos en el art. 975 del Código de Chile, en el 3458 del de México; en los arts. 812 y 813, muy especialmente en este último del Código de Uruguay, en que se fija el término de diez años para purgar la indignidad; en el 3321 del de la Baja California, que, como el anteriormente citado de México y el 3458 del de Campeche son enteramente iguales al nuestro.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

Art. 763. El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo.

La libertad de testar parece ha querido sentarse en el primer apartado de este articulo aunque limitándola á las personas que no tienen herederos forzosos; es decir, que en principio parece sostenerse el derecho que el hombre tiene á disponer de sus bienes para despues de su muerte en la manera que le pareciese conveniente; más en el segundo párrafo del expresado artículo, vienen poniéndose restricciones que con más ó ménos extensión hacen prevalecer en gran manera el sistema de legítimas sustentado en Castilla, que dá lugar á los herederos forzosos, cercenando esa sagrada libertad que cada hombre debe tener para disponer de lo que con el esfuerzo de su trabajo y de su imaginación ha llegado á adquirir noble y legitimamente. Y aunque una corriente contraria al sistema restrictivo de la libertad de testar se inició hace años en todos los pueblos modernos, los autores del Código no se han atrevido á adoptar de lleno la libertad de testar que tenemos en Aragón, y contentándose con limitar los tipos de la legitima han dejado perenne la herencia forzosa en virtud de la cual la persona que herederos forzosos tiene no puede disponer de sus bienes más que en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este mismo capitulo: por lo cual nosotros, sin pararnos á expresar una palabra más respecto de esto que ha de ser objeto de otros comentarios, nos concretaremos á exponer que, adoptando el primer apartado del artículo que comentamos en todas sus partes, no podemos adoptar de igual manera el segundo y último de sus párrafos sino para los rarísimos casos en que los padres no se muestran conformes con la propia naturaleza y como excepción limitadísima.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 624, y el Proyecto de 1882, en su art. 764, proponian preceptos análogos al que nos ocupa, que gran concordancia guarda con el art. 3498 del Código de México, 937 del de Veracruz-Llave, 3498 del de Campeche, 815 del de Uruguay, teniendo cierta analogia también con el art. 815 del Código de Guatemala.

Art. 764. El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á laa leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos.

El precepto de este artículo significa que hoy no es indispensable, como lo era en los antiguos tiempos de Roma y en nuestro antiguo derecho la institución de heredero para que el testamento sea válido. Ya dijimos antes, que desde el Ordenamiento de Alcalá, desde la publicación de las Leyes de Toro y después de las disposiciones consignadas en la Novísima Recopilación sobre este particular, puede tener eficacia un testamento sin institución de heredero, y hasta puede uno morir parte testado y parte intestado; dejó por lo tanto de ser una formalidad esencial interna del testamento la institución de heredero; desapareció la antigua fórmula de encabezar el testamento con dicha institución; y estos principios, desarrollados ya en las más recientes disposiciones de nuestro derecho patrio, han venido á ser confirmados en nuestro Código, como lo demuestra de un modo claro y evidente la consignación del párrafo 2.° del artículo que nos ocupa; pues atendiendo á él, aun cuando no se acepte la herencia por uno de los herederos ó éste sea incapaz, las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes se cumplimentarán en cuanto su ejecución pueda llevarse á cabo, y el remanente de los bienes que no pudieran colocarse entre los herederos ó legatarios disignados en dicho testamento, pasará á los herederos legítimos, haciéndose su partición entre ellos en la forma legal correspondiente.

El Proyecto de 1851, en su art. 625, y el Proyecto de 1882, en su art. 765, proponían preceptos análogos; y según hemos dicho, precedentes tiene el artículo que nos ocupa, no sólo en aquella Ley del tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, en que se declaró que el testamento fuera válido aunque el testador no hubiese instituido heredero, ó aunque el heredero instituido no aceptase la herencia, sino en las Leyes de Toro en otro lugar ya citadas, en la Ley 1.ª, título 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y en varias sentencias del Tribunal Supremo que en otro comentario se consignaron.

En relación está este artículo, más ó menos directa, con los arts. 787, 912 al 914, 990, 992 y 997 al 1000; y concordancias tiene en varios Códigos extranjeros, entre otros, en el art. 816 del de Uruguay, 825 y 826 del de Guatemala, 938 del de Veracruz-Llave, 1499 y 1500 del Código de México, 3335 y 3336 del Código de la Baja California, 3499 y 3500 del de Campeche, 809 del de Italia, y otros varios.

Art. 765. Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

Expuesto queda que la institución del heredero era requisito intrínseco de los testamentos en Roma, como lo fué en nuestro antiguo derecho patrio común, hasta la muy célebre ley del Ordenamiento de Alcalá á que antes hemos aludido en más de una ocasión; y como lo ha sido, y aun lo es en algunas de

las regiones aforadas, no en Aragón, donde según la Observancia 5.ª *De Testamentis* y alguna Sentencia del Tribunal Supremo, entre ellas la de 24 de Marzo de 1865, no es necesaria la institución. Pues bien, puede haber en un testamento más de un instituido, y cuando fueren varios los herederos instituidos, sin designación de la parte herencial que á cada uno se le deja, deben heredar por iguales partes.

Este es el principio que informa nuestra legislación, y esta es la tésis que admiten la mayor parte de los Códigos del mundo.

El Proyecto de Código de 1885, en su art. 626, y el Proyecto de 1882, en su art. 766, propusieron preceptos análogos; y no dejan de verse algunos precedentes en la Ley 9, párrafo 12, tit. 5.º, lib. 28 del Digesto; en el párrafo 6.º, título 14, lib. 2.º de la Instituta, y en la Ley 17, tít. 3.º, Part. 6.ª; concordando con el art. 555 del Código de Austria; con el art. 261 del Código de Prusia; el 827 del de Guatemala, el 817 del de Uruguay, el 3501 del de México, el 3337 del de la Baja California, el 3501 del de Campeche, el 1098 del de Chile; el 3721 del de la República Argentina, el 939 del Código de Veracruz-Llave, y otros; debiendo hacerse presente, que los preceptos contenidos en los Códigos de Campeche, Baja California, México, Veracruz-Llave y República Argentina son enteramente iguales al nuestro.

Art. 766. El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia, no transmiten ningún derecho á sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857.

Para comentar este artículo, es preciso ante todo, dejar bien sentado que, según nuestro Código, el heredero puede ser forzoso y voluntario, y que distinguiéndose las condiciones entre uno y otro heredero, el precepto de este artículo se refiere, y no puede referirse á otra cosa, que á los herederos voluntarios; así es que en rigor, está de más la escepción que se indica al final del expresado artículo, por cuanto lo mismo el 761 que el 857 de este Código, se refiere á los herederos forzosos, tanto es así, que el primero trata de que si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo del testador y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima, de lo cual ya nos ocupamos oportunamente; y el segundo, ó sea el 857, está dedicado á los hijos del desheredado que ocupar deben su lugar y conservar los derechos de herederos forzosos respecto á la legítima. Pues bien, lo mismo el heredero voluntario, que muere antes que el testador, que el incapaz de heredar, y el que renuncia la herencia, como quiera que no han adquirido ningún derecho, no transmiten ni trasmitir pueden á sus herederos lo que ellos no adquieren.

Tiene sus precedentes el artículo que nos ocupa en la ley 1.ª, párrafo 2.º y 3.º,



tít. 51, lib. 6.° del Código Justinianeo, proponiéndose igual precepto en el artículo 767 del Proyecto de Código Civil de 1882, y concordancias hallamos con el mismo en los arts. 3454 del Código de México, 813 del Código de Guatemala. 3450 del Código de Campeche, 3313 del de la Baja California, 1039 y 1043 del Código de Francia, 1600 del Código de Luisiana, 3743 en su relación con los 3799 y 3804 del Código de la República Argentina, 1039 y 1043 del Código Belga, 1057, 1058 y 1061 del Código de Veracruz-Llave, el art. 973 del Código de Uruguay en su caso 3.°, y el 1759 del Código de Portugal; debiendo observarse que mientras este Código comprende el citado artículo en la sección 1.ª del cap. 2.°, tít. 2.° del lib. 3.°, y establece que las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto en relación á los herederos y á los legatarios: 1.° Cuando fallezcan éstos antes que el testador. 2.° Cuando la institución de heredero ó legatario dependiese de una condición, y éstos muriesen antes de que ésta se verificase. 3.° Si los herederos ó los legatarios se incapacitasen para adquirir la herencia. Y 4.° Si el heredero ó legatario renunciasen su derecho; el artículo ya citado del Código de Uruguay está comprendido en el capítulo 1.° del tít. V, lib. 3.°, que trata de las sucesiones intestadas, fijando que tienen lugar éstas entre otros casos, cuando falta la condición puesta á la institución del heredero, ó el instituido muere antes que el testador, ó es incapaz, ó indigno, ó repudia la herencia, fuera de los casos de sustitución y acrecentamiento.

Art. 767. La expresión de una causa falsa de la institución de heredero ó del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

La expresión de una causa contraria á derecho, aunque sea verdadera, se tendrá tambien por no escrita.

Parece que en este artículo quiere suponerse que cuando la institución de heredero se funde en una causa ó motivo cualquiera, y ésta sea falsa, deberá tenerse como no puesta, á fin de que no perjudique sin duda al heredero ó legatario; pero si del mismo testamento se desprendiese que el testador no hubiera hecho tal institución ó tal legado, de haber tenido conocimiento de la falsedad de esa causa ó motivo que le impulsó á disponer por ella de sus bienes en testamento, éste debe ser ineficaz, puesto que, partiéndose de un supuesto falso, no puede prevalecer lo que realmente no era objeto de la voluntad del testador, mas que para el caso de haber existido el motivo ó causa que le impulsó á instituir ó legar.

En cambio, el segundo apartado del artículo que comentamos, contiene una cláusula que prevalece siempre por su naturaleza, pues si la causa que se

expresa en el testamento como móvil para instituir ó legar es contraria á derecho, siempre debe tenerse por no escrita; y en nuestro concepto si fuera cierta, debiera hacer ineficaz el testamento en cuanto al extremo para que se adujese, ya fuere institución ó legado, puesto que nunca ha de prevalecer lo que se establece con motivo de una causa contraria á derecho; ni nunca lo contrario al derecho debe producir efecto; lo contrario sería sostener hechos fundados en causa contra derecho, y lo que es contra derecho no puede ser legal, por más que el derecho y la ley no sean una misma cosa.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 768, proponia un precepto análogo; y respecto á los legados, la Ley 20, tít. 9.º, Part. 6.ª daba prescripciones parecidas.

Concuerda con el art. 828 del Código de Italia, que determina que: *Las disposiciones á título universal ó particular, fundadas sobre una causa expresa que resulte errónea, no producirán ningún efecto cuando esta causa haya sido la única que haya determinado al testador*; cuyo precepto encontramos mucho más conforme á la lógica, á la equidad y á la justicia que el de nuestro Código, que concuerda así mismo con los arts. 3380 y 3381 del Código de México, 3243 y 3244 del Código de la Baja California, 3380 y 3381 del Código de Campeche, cuyos tres Códigos contienen preceptos iguales al que el artículo que comentamos entraña, si bien éste tiene en dos apartados lo que se comprende en los dos artículos citados de cada uno de aquellos Códigos; y aunque estamos conformes con lo que previenen los primeros, no podemos estarlo en manera alguna con lo que se prescribe en los últimos; pues tanto el segundo de los artículos citados de cada Código sobre este particular, como el párrafo último que del nuestro comentamos, parece contienen un verdadero absurdo jurídico que apenas hay Código moderno que se atreva á consignar.

Art. 768. El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

Evidente es que la institución, cuando no es universal, y se prefija la cantidad cierta y determinada de la cosa dejada, tiene más bien el carácter de legado que de herencia; y esto que se determinaba ya cuando era indispensable la institución de heredero, hasta cierto punto aún en la Ley 14, tít. 3.º, Part. 6.ª que seguía los principios romanistas, cuando hubiere otro heredero testamentario, no podia menos de sustentarse después de haber estado en vigor la Ley 1.ª, título 19 del Ordenamiento de Alcalá, en la que se hacía desaparecer la necesidad de aquella institución de heredero que necesariamente habian impuesto las leyes romanas, para las que el testamento tenía un carácter público y hasta político, que sólo se concedia al ciudadano de la pátria del César, del pueblo que se conceptuaba autónomo, y en el que el socialismo absorbió los derechos individuales, no dejándoles desarrollarse en toda su integridad.

No puede tener lugar este principio, no será posible darle aplicación á este precepto en Navarra y Cataluña, por cuanto conservan la institución romana, con la cual pugnan las teorías desenvueltas en nuestro Código sobre tal materia; y aunque el art. 12 no preceptuase como preceptúa que la publicación no podrá alterar el derecho consuetudinario y escrito de Cataluña, dados ciertos antecedentes, nunca habría medio de aplicar dicho artículo aquí, por las razones antes indicadas.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 628, y el Proyecto de 1882 en su art. 769, proponían preceptos análogos; y concordancias vemos en el art. 619 del Código de Vaud, en los arts. 951, 1099 y 1104 del Código de Chile, 263 del de Prusia, 921 del de Holanda, 554 del de Austria, 819 del de Uruguay, 1796 del de Portugal, 760 del de Italia, 3716 del de la República Argentina, 941 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 769. Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: «Instituyo por mis herederos á N. y á N. y á los hijos de N.,» los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.

Bien sencillo es aunque parezca otra cosa lo que este artículo quiere decir, pues en nuestro concepto no otra cosa significa, sino que, si al hacer el testador un testamento instituyendo en él herederos, bien á determinados individuos nominal é individualmente, bien colectivamente á los individuos de una familia, mientras no se demuestre ó se deduzca del testamento que todos los individuos de esa familia á quien colectivamente se declaran herederos del testador, haya querido éste que vinieran á sucederle en estirpe, por decirlo así, ó en representación de la misma familia denominada, hay que suponer según el Código, que todos y cada uno de los individuos de aquella familia colectivamente instituida, heredan *in capita* ó como si individualmente hubieran sido instituidos; lo cual parece algún tanto violento, pues debiendo hacerse las instituciones de un modo bien determinado, ha de dar lugar á infinidad de pleitos el precepto de este artículo, si en él ha de sustentarse la teoría que dejamos indicada, pues parecía lo más natural y arreglado á los sanos principios de derecho que cuando en un testamento se ven instituciones individuales y colectivas, cada uno de los herederos individualmente instituidos herede la parte que le corresponda por su propia personalidad; y todos los individuos de la familia colectivamente instituida hereden la parte proporcional correspondiente á la familia ó persona jurídica que representan, viniendo á proceder aquí por analogía como se ha procedido siempre en las sucesiones entre los he-

rederos por derecho propio ó *in capita*, y los herederos por representación de la famia de que descienden ó *in stirpe*.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 770, proponía preceptos análogos; y concordancias encontramos en los arts. 1797 del Código de Portugal, 3504 del de México, 3340 del de la Baja California, y 3504 del de Campeche, cuyos tres últimos Códigos son enteramente iguales en este precepto al nuestro.

Se comprendería perfectamente, que, cuando por no saber nombres, por no extenderse demasiado en la confección del documento en que se otorga el testamento, ó por otra circunstancia cualquiera, el testador expresase que instituía heredero á Juan y á todos y cada uno de los hijos legítimos de Pedro, tuviera aplicación el principio que se sustenta en el artículo que de nuestro Código comentamos; pero instituyéndose en un testamento por herederos á un individuo y á una colectividad, para nosotros es un absurdo el que vengan á heredar lo mismo que el heredero individualmente designado, cada uno de los individuos que forman parte de aquella colectividad; y sobre ser absurdo es contrario á los principios de derecho, como hemos indicado antes, pues la institución debe ser determinada en cuanto á la persona á quien han de transferirse los bienes; y sobre ser contrario á los beneficios de derecho, sólo puede beneficiar á la curia este precepto, por los litigios de que ha de ser origen.

Art. 770. Si el testador instituye á sus hermanos, y los tiene carnales y de padre ó madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado.

Nada dice de nuevo este artículo, ni nada de particular tiene el precepto que entraña, pues sólo viene á confirmar las reglas generales que sobre sucesiones intestadas este mismo Código prescribe.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 771, viene á proponer, con ligeras variantes, lo mismo que el precepto que nos ocupa, y concordancias encontramos en los arts. 1798 del Código de Portugal, 3505 del Código de Mexico, 3341 del Código de la Baja California, y 3505 del Código de Campeche, debiendo observarse que los de estos tres últimos Códigos son enteramente iguales al nuestro.

Art. 771. Cuando el testador llame á la sucesión á una persona y á sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente.

Esto es lógico por demás, pues si el testador instituye heredero ó nombra legatario á una persona y á cada uno de sus hijos, no sólo debe entenderse que todos son instituidos simultaneamente sino en iguales partes, cuando la designa ción de parte alicuota de la herencia ó determinación de cantidades ó cosas no

se hiciese; de manera que el testamento hecho en favor de Juan y sus hijos, no debe entenderse que se establece para que el Juan en primer término adquiera toda la herencia del testador, y cuando él fallezca sea traspasada á sus hijos, pues si así fuese, se reduciría al padre á un mero usufructuario de la cosa heredada; sinó que el legislador ha querido y quiere que cuando un testador disponga de sus bienes en favor de un padre y de los hijos de éste, todos los herederos, desde el momento en que el testador fallece, empiecen á disfrutar de los bienes objeto de la herencia, en la parte proporcional correspondiente; y así lo vienen preceptuando también en términos casi idénticos al de nuestro Código, los arts. 3506 del de Campeche, 3342 del de la Baja California, 3506 del de México, y 1779 del de Portugal, de cuyos antecedentes parece haber tomado sus preceptos nuestro Código en esta materia.

Art. 772. El testador designará al heredero por su nombre y apellido; y, cuando haya dos que los tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido.

Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quien sea el instituido, valdrá la institución.

Por la lectura de este artículo se vé que el legislador parte del supuesto de que en la institución debe haber determinación clara y patente de persona, razón por la cual nosotros sosteníamos al tratar del art. 770 que habería debe, y que mientras no la haya y en globo se incluya bajo el nombre de una familia los diferentes sugetos que la componen, no debe entenderse determinada más que la familia, y no en manera alguna cada uno de los individuos de aquella. Por eso estamos perfectamente de acuerdo con lo que se previene en este artículo que ahora comentamos en que el testador debe designar por su nombre y apellido al heredero, y que cuando no pudiere hacerlo de esta manera por olvido de dichos nombres ó porque haya dos personas que se conozcan bajo una misma denominación, deben señalarse de manera tal por sus circunstancias y condiciones que no quepa lugar á duda acerca de la persona instituida. Y esto que nosotros creemos y que el Código muy acertadamente expone en el artículo que comentamos, se veía en el Derecho Romano, párrafo 8.°, Ley 9.ª, tít. 5.°, lib. 28 del Digesto, como en las Leyes 6.ª y 10, tít. 3.°, Partida 6.ª: encontrándose concordancias importantísimas en el art. 1056 del Código de Chile, en los arts. 3007 y 3008 del de Campeche, 3343 y 3344 del de la Baja California, 3507 y 3508 del de México, y 3712 del de la República Argentina.

Art. 773. El error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.

Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permiten distinguir al instituido, ninguno será heredero.

Las prescripciones que contiene este artículo muestran todas ellas la misma tendencia, y es la de asegurar y determinar quien sea la persona del heredero ó legatario, por lo cual parece que pugna el contexto de este artículo con lo que en la regla general sentada en el art. 769 se viene á prefijar; pero sea de ello lo que quiera, el art. 773 que ahora comentamos, en perfecta conformidad se halla con el art. 772; pues aunque el uno establezca que deben denominarse los herederos por su nombre y apellido, este último, ó sea el que ahora nos ocupa, viene á sentar el mismo principio si bien otorga validéz al testamento en que hubiere habido error en el nombre y apellido, y hasta en las cualidades del heredero, cuando de cualquier otra manera puede saberse con certeza cual sea la persona instituida. De modo que el error en las denominaciones y en las circunstancias no vician la institución si la voluntad del testador se justifica á favor de quien realmente se pronunció; pero si, designando á personas de un mismo nombre y apellido y de circunstancias idénticas, sus cualidades son tales que no se distingue cual es la personalidad que se quiere designar ó instituir, quedará ineficaz el testamento en cuanto á la institución declarándose por nuestro Código que ninguno sea heredero en este caso.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 774, proponía preceptos análogos y varios Códigos extranjeros concuerdan con el nuestro sobre el particular muy especialmente los arts. 824 del de Guatemala aunque es bastante remota su analogía; 1057 del de Chile, 836 del de Italia, 1837 del de Portugal, 3509 y 3510 del de Campeche, 3345 y 3346 del de la Baja California, 3509 y 3510 del de México etc., etc.; y tiene cierta analogia con el 3712 del Código de la República Argentina en su segundo párrafo: debiendo hacer presente que los dos artículos citados de los Códigos de México, Baja California y Campeche, corresponden perfectamente, el primero, al primer apartado; y el segundo, al último párrafo del artículo que de nuestro Código comentamos; es decir, que para confeccionar el nuestro, parece se han refundido dos artículos de cada uno de aquellos Códigos. El Código de Portugal en el art. 1837 citado, nos dice que: *la equivocación del testador respecto de la persona del legatario ó de la cosa legada, no anulará el testamento si se pudiera demostrar claramente cual era la intención del testador*: mientras que el Código de Italia previene que: *si la persona del heredero ó legatario hubiere sido indicada erróneamente, tendrá la disposición su mismo efecto cuando por el contexto del testamento ó de otros documentos ó hechos constantes, se demuestre cual sea la persona que ha querido indicar el testador, y lo mismo debe tener lugar cuando la cosa legada haya sido indicada ó descrita inexactamente si se reconoce de una manera cierta cual es la cosa de que el testador quiso disponer.*

SECCIÓN TERCERA

DE LA SUSTITUCIÓN

Art. 774. Puede el testador sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, ó no quieran, ó no puedan aceptar la herencia.

La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, á menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

No hemos de detenernos á hacer un verdadero artículo ni mucho menos á explicar lo que la sustitución es y las ventajas ó inconvenientes que su mantenimiento pueda reportar, pues es derecho constituido lo que integra el Código que comentamos, y no caben grandes disertaciones sobre lo que como derecho escrito queda consignado, y como tal, obligatorio es á los que vivimos bajo el imperio de esta nacionalidad, y al amparo de estas leyes nos constituímos; más sí, podemos afirmar que no en todos los países civilizados se sostiene la misma tesis sobre el particular, pues mientras unos condenan las sustituciones y las prohiben como tales, otros admiten la sustitución bajo todos aspectos, llegando á adoptar hasta la fideicomisaría, y estableciendo tambien la vulgar, la pupilar, la ejemplar y la fiduciaria; habiendo otras grandes nacionalidades que admiten algunas de esas diferentes sustituciones.

Nosotros sin embargo comprendemos, que siguiendo los principios del eclecticismo que realmente dominan en todo lo humano y con los que se llega al justo medio que en la vida practica es de desear, salvo el abuso que de la sustitución se hiciere, puede conciliarse en parte su admisión, y por ello ni nos declaramos partidarios entusiastas de las sustituciones, ni las rechazamos en absoluto, porque absurdo sería admitirlas en toda su integridad, como no podría menos de serlo rechazarlas en absoluto.

En todo aquello que esté conforme con el principio antes sostenido, de que el nombramiento de heredero ó de legatario ha de hacerse por el mismo testator, y de que el testamento ó la facultad de testar es función personalísima del testador, no tenemos inconveniente en admitir la sustitución, así como creemos que debe rechazarse en cuanto implica algo que se parezca á esos testamentos de confianza que tan malísimos resultados han dado y que tantos y tantos pleitos originaron; así es que, tratándose de la sustitución simple, para el caso de que el instituido muera antes que el testador, ó para los casos en que no quiera ó no pueda aceptar la herencia, encontramos que la sustitución, en

primer término, puede producir los mejores resultados, y sobre todo, puede y debe evitar la sucesión *ab intestato* á que muchas veces los testadores se muestran refractarios; pero tampoco podemos mostrarnos partidarios de los abusos de la sustitución, por efecto de los cuales pueda disponerse de los bienes en manera tal que mate la libertad racional de la propiedad, estableciendo en vez de sucesiones instituciones parecidas á las de los mayorazgos.

Era necesaria la sustitución en el pueblo romano, para prevenir la invalidación del testamento por falta de heredero. pero el crecimiento y desarrollo que la sustitución ha tomado hasta nuesta época con distintos fines, y los extravios á que ha dado lugar su extensión extraordinaria, han hecho que los publicistas que ya la miraban con recelo, dirijan sus más duros embates á los efectos de que desaparezca de los modernos Códigos.

Omitimos al comentar este articulo, el explicar si sustituir es ó nó establecer una segunda institución de heredero subsidiaria ó subordinada á otra institución principal, asi como no hemos de detenernos tampoco á explicar las diferentes clases de sustitución, ó sean la vulgar, la pupilar, la ejemplar, fideicomisaria, la compendiosa y la reciproca; pues nos basta reducirnos al estrecho círculo del comentarista, explicando, como hemos explicado ya, que el testador puede sustituir una ó más personas, al heredero ó herederos instituidos, cuando estos mueran antes que su causante ó no quieran ó no puedan aceptar la herencia; y suficiente es también, que consignemos de un modo claro, que la sustitución simple, cuando no se determina para un caso especial, debe considerarse extensiva á los tres casos de, muerte, oposición voluntaria, ó incapacidad del heredero instituido en primer término.

No eran enteramente conformes con nuestro articulo, los preceptos que se proponían en los arts, 629 y 630 del Proyecto de Código de 1851, pero si tiene gran concordancia y relación con dicho articulo, lo que habia propuesto el Proyecto de Código de 1882, en su art. 775; y precedentes encontramos en algunas leyes del Digesto, y muy particularmente en las Leyes 8.ª y 2.ª, tit 5.º, Part. 6.ª, que definen las sustituciones y se ocupan de la sustitución vulgar; encontrando bastantes concordancias en los Códigos extranjeros, sobre todo en los arts. 1156 y 1157 del Código de Chile, 820 y 821 del de Uruguay, 1858 del Código de Portugal, 895 y 896 del Código de Italia, 3621 y 3624 del Código de México, 3439 y 3442 del Código de la Baja California, en cuyos tres Códigos se preceptúan reglas enteramente iguales á las consignadas en el articulo que del nuestro comentamos, si bien al compendiar nosotros en uno sólo aquellos preceptos, se ha creido sin duda ofensivo para los juristas el decir, como se dice en aquéllos, que el hecho de sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituidos para los casos de, muerte, falta de volición, ó de capacidad para aceptar la herencia, es lo que se llama sustitución vulgar, según los primeros artículos que aquellos Códigos citados expresan.

No hay más sustitución que la vulgar, dice en su comienzo el art. 832 del Código de la República de Guatemala. Se llama sustitución vulgar, según dicho Código, el nombramiento de otro ú otros herederos para el caso que no lo sea el primero, ó no lo sean los primeros instituidos; y luego en su art. 835, determina aquel mismo Código, que el heredero voluntario puede ser sustituido al arbitrio del testador. Mas viene el art. 896 del Código de Francia, preceptuando de manera bien categórica, que quedan prohibidas las sustituciones; y que cualquiera disposición, por la que el donatario, el heredero instituido, ó el legatario, quede obligado á conservar ó restituir á un tercero, será nula aún respecto del donatario, del heredero instituido, ó del legatario; y esta prohibición la fundaban, no solo el Código, sino otras leyes que en Francia se dieron á principios de este siglo, en los peligros que nosotros hemos indicado y visto en las sustituciones, aun antes de conocer aquella legislación, porque es lo cierto que se prestan en gran manera á la posibilidad de fundar y transmitir los mayorazgos y vinculaciones que nuestras leyes prohiben por motivos económico-sociales, y porque realmente esa exagerada libertad, que el fundador de una vinculación se permite al disponer de sus bienes para después de su muerte, implica el abuso de la libertad de uno en contra de la libertad de los demás, y es por ende el aniquilamiento del derecho de la propiedad, porque si la propiedad ha de ser libre, debe serlo para todos; y desde el momento en que se sujeta á vinculaciones, pierde su carácter y se establecen sobre ella trabas contrarias á su naturaleza libre. De la misma manera que el Código Francés, se explica el de Bélgica en idéntico art. 896; y el Código de la República Argentina, en su art. 3724, prescribe que el testador puede subrogar alguno al nombrado heredero en el testamento, para cuando éste heredero no quiera ó no pueda aceptar la herencia, y que solo es permitida en testamentos esta clase de sustitución; y luego en el art. 3725 se habla de la sustitución simple como única admisible en los conceptos que en el mismo se expresan, siendo la vulgar la sustitución á que se refiere el primero de los artículos citados de dicho Código Argentino.

Art. 775. Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.

Tenemos aquí ya la sustitución pupilar, en virtud de la cual el padre hace su testamento y el testamento de su hijo impuber puesto que le nombra ya un heredero para el caso de que muera antes de llegar á la edad de la pubertad, sustitución que, aún cuando tienda á prevenir la seguridad de los bienes que el menor quizá no pueda sustraer á las asechanzas de sus contrarios por adelantado que sea, no deja de contrariar el principio por este mismo Código ad-



mitido de que la función de testar, el ejercicio de la testamentifacción activa es puramente personal; pero vemos al propio tiempo el comienzo de una institución para generaciones sucesivas, cuya institución raya en las fronteras del castillo feudal que representa el mayorazgo, y sólo encontramos en el precepto de nuestro artículo una diferencia con las teorías que se trataban en nuestro antiguo derecho, y es la relativa al término de la pubertad, pues desde luego se conceptúa que para estos efectos, nuestro Código entiende que ésta no nace hasta los catorce años en séres de uno y otro sexo.

Por lo demás, la sustitución pupilar que entre los romanos procedía de la pátria potestad, y que bajo las inspiraciones de aquel poder público que á los Jefes del Estado llegó á imponer en condiciones determinadas, venía á vincular en una familia sus dioses y sus bienes trascendiendo aquella patria potestad más allá del dintel del sepulcro de los mayores. Tales principios, transcritos en parte á las Leyes 1.ª y 5.ª, tít. 5.º, Part. 6.ª, aunque sin darles aquella extensión que en el pueblo de los Rómulos y los Césares se les dió, no pudo extenderse en nuestra patria á los abuelos cuando éstos no tenían ya la patria potestad sobre sus nietos, ó sea desde que publicadas las Leyes de Toro, los hijos vinieron, por el matrimonio, á emanciparse del poder paterno.

Hubo pues en nuestro antiguo derecho patrio la sustitución pupilar, facultad que el padre de familia se permitía para cuando sus hijas falleciesen antes de los doce años, y la muerte sorprendiese á los hijos varones antes de los catorce; y hoy, reconocida la patria potestad lo mismo en el padre que en la madre por nuestras leyes, el Código vigente ha venido á otorgar esa facultad de sustituir á los padres pero fijando un plazo común para determinar la época de la vida de sus hijos á que pueda tener alcance dicha sustitución, la cual no puede admitirse en Aragón por no reconocerse allí la patria potestad, y admítese en Cataluña como se admite en Navarra y en Vizcaya, según expondremos más detalladamente cuando se trate de la sustitución ante el derecho foral.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 776, proponía preceptos análogos, si bien extendía hasta los diez y seis años la época en que para ambos sexos podrían los padres utilizar la facultad de nombrar herederos sustitutos á sus hijos; y varios son los Códigos extranjeros con los que concuerda el nuestro sobre este particular, muy especialmente el de Portugal en su art. 1859, que tan de conformidad está con el nuestro, como el 3625 del de México, el 3443 del de la Baja California; y el 3625 del de Campeche; si bien en estos tres últimos se siguen los principios del antiguo derecho diferenciando los doce y catorce años respectivamente para el sexo femenino y masculino, en contra de lo que, ya hemos expuesto han determinado, en cuanto á la edad, el de Portugal y nuestro Código. Concuerda también con el art. 948 del Código de Veracruz-Llave, y con el 2203 del de Sajonia.

Art. 776. El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enagenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido ó despues de haber recobrado la razón.

Entramos en la sustitución que antiguamente se llamaba ejemplar ó cuasi pupilar, que introducida fué por Justinianeo á imitación de la pupilar para el caso de que el heredero falleciese en un estado de incapacidad que le impidiese testar por si mismo, si *hæres erit in furore decesserit*, cuya sustitución, según el Código, hacerla puede el padre ó la madre y aún los demás ascendientes cuando el hijo ú otros descendientes hubieren perdido el juicio; mas si este descendiente respecto del cual pesase la sustitución hubiere otorgado testamento antes de perder el juicio ó en un intérvalo de perfecta lucidez, en tal caso aquel testamento será perfectamente válido si se hubiere atemperado á lo que previenen los arts. 664 y 665 de este mismo Código, y la sustitución quedará ineficaz.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 777, proponia preceptos análogos, si bien se ocupaba también del descendiente mayor de edad, declarado incapaz por enagenación mental, es decir que trataba especialmente de la sustitucion verdaderamente ejemplar, ó sea de la que se establece respecto del que perdió el juicio en cualquier edad en que se encuentre: y en las Leyes 1.ª y 11, tit. 5.°, Part. 6.ª, encontramos precedentes del artículo que comentamos, asi como también no dejan de encontrarse si nos remontamos al derecho romano en la Ley 9.ª, tit. 26, lib. 6.° del Código, y en el párrafo 1.°, tit. 16, lib. 2.° de la Instituta.

Relacionado está el precepto de este articulo, hasta cierto punto, con el número tercero del art. 663 de este Código, en el que se declara incapacitado para testar al que habitualmente no se hallare en su cabal juicio, y también guarda relación con los arts. 664 y 665 del mismo Código anteriormente citado.

Trata de la sustitución cuasi pupilar el art. 1861 del Código de Portugal, previniendo que es aplicable lo que dispone su articulo 1859 al caso en que sin distinción de edad, el hijo ú otro descendiente se hallare en estado de demencia declarada judicialmente; y termina tal precepto diciendo que á eso se llama sustitución cuasi pupilar; de manera que en dicho articulo más bien define ésta que otra cosa; y en cuanto á la facultad del testador, se refiere á lo que preceptúa el articulo también anteriormente citado.

Concuerda asimismo el articulo que nos ocupa con los arts. 2203 del Códi-

go de Sajonia, en su segundo apartado; 3626 y 3628 del Código de México, 3444 y 3445 del Código de la Baja California, y 3626 y 3628 del Código de Campeche, viniendo á formar los dos artículos de cada uno de dichos Códigos, la integridad del artículo que de nuestro Código comentamos; pues mientras en los primeros artículos de los citados Códigos se previene que el ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente mayor de edad que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enagenación mental, diciendo que esto es lo que se llama sustitución ejemplar; en los segundos artículos citados de dichos códigos, como en el 1862 del de Portugal, se expresa que la sustitución ejemplar queda sin efecto si el incapacitado recobra la razón y así se declara por sentencia judicial.

Art. 777. Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituído tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos.

Como las sustituciones se han establecido solamente al objeto de evitar los *ab intestatos*, no podían hacerse en perjuicio de tercero que á la herencia tuviese derecho; así es que nuestro Código, en el art. 777, que comentamos, ha venido á respetar en parte lo que no podía menos de respetarse, aquellos derechos que por la naturaleza tiene el hombre en los bienes de sus padres, y que sólo, cuando los hijos desobedecen los principios impuestos por la misma naturaleza, pueden perderlos. Pero vemos aquí algo que no nos satisface, algo que contraría los principios de este mismo Código, y algo que cercena y amengua los derechos de los descendientes, pues entendemos que las sustituciones debían declararse ineficaces en su totalidad cuando el sustituido tiene herederos forzosos, aun que á estos no se les perjudique en los derechos legitimarios, porque si el incapaz que no testa ni puede testar tiene herederos forzosos, justo es que estos hereden *ab intestato* á su causante en la integridad de sus bienes y no vengan á ser perjudicados por una disposición que hace, no la persona cuyos derechos representan, sino una tercera, lo cual se opone á la condición de personal que debe tener el testamento, y á los derechos de sucesión que el descendiente tiene sobre los bienes del ascendiente.

Ya el derecho romano, en la Ley 10, tít. 6.°, lib. 28 del Digesto, estableció que el sustituto fuese heredero de todos los bienes del instituído, en cuanto á la sustitución pupilar, y la Ley 7.ª, tít. 5.°, Part. 6.ª, tomó aquellas doctrinas del derecho romano, dando una extensión indebida á las sustituciones pupilar, cuasi pupilar y ejemplar; mas la Ley 6.ª de Toro, llevada luego á la Ley 1.ª, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, reformó tales principios sosteniendo una teoría muy distinta de aquellos precedentes, y que es la que indudablemente ha de servir de norma al artículo que nos ocupa.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 778, propuso un precepto en nuestro concepto más racional y lógico, pues se limitaba á expresar que las sustituciones sólo serian válidas cuando el sustituído careciera de herederos forzosos, con lo cual venia á demostrarse la teoria que nosotros sostenemos ó sea la de que no caben sustituciones allí donde hay herederos que por el Ministerio de la ley han de venir naturalmente á suceder al testador cualquiera que sea su situación y circunstancias.

Concuerda con los arts. 3627 del Código de México, 3627 del de Campeche, 2207 del de Sajonia, 1863 del de Portugal, etc., etc.; y el art. 838 del de Guatemala, previene que caduca la sustitución si es forzoso el heredero sustituído, y deja á su muerte herederos forzosos, ascendientes ó descendientes, según las prescripciones de aquel Código.

Art. 778. Pueden ser sustituidas dos ó más personas á una sola; y al contrario, una sola á dos ó más herederos.

Admitida la sustitución, era preciso sostenerla en la forma que expresa este artículo, puesto que, de la misma manera que los herederos pueden ser uno ó varios sugetos, pueden ser sustituidos por una, dos, ó varias personas. No cabe lugar á duda, y por ello este comentario es tan conciso.

El Proyecto de 1851, en su art. 631; y el Proyecto de 1882, en su art. 779, propusieron preceptos análogos; y, encontrando precedentes en el Derecho Romano, muy especialmente en el párrafo 1.°, tit. 15, lib. 2.° de la Instituta, vemos perfecta concordancia entre el artículo que de nuestro Código nos ocupa, y los preceptos contenidos en los arts. 1159 del Codigo de Chile, párrafo último del 895 del de Italia, 1858 del de Portugal, 822 del de Uruguay, 832 y 833 del de Guatemala, 3621 del de México, 3439 del de la Baja California, 3621 del de Campeche, 937 del de Nápoles, 1218 del de Colómbia, 3726 del Código de la República Argentina, enteramente igual al nuestro en este concepto, tomando como nosotros el antecedente antes indicado de las Instituciones de Justiniano: *plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plorium*, párrafo 1.°, tit. 15, lib. 2.°; principio aceptado por casi todos los Códigos.

Art. 779. Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

Evidente es que si los herederos instituidos en partes iguales, son designados para sustituirse reciprocamente, habrán de percibir iguales partes por la sustitución que por lo que se les instituyera; pero como la dificultad que pu-

diera ofrecerse es la que se refiere al caso en que dos herederos instituidos en partes desiguales de los haberes herenciales, fuesen designados también para sustituirse recíprocamente, ha venido este artículo del Código á dilucidar toda duda, prescribiendo que los sustitutos tendrán las mismas partes por la sustitución que el instituido por la institución de que fué objeto, á no ser que de otra manera aparezca ser la voluntad del testador.

Así si uno instituye á Juan heredero de las dos cuartas partes de sus bienes, y á Pedro de una cuarta parte, nombrándolos también sustitutos recíprocos, como Juan muriese antes que el testador y no admitiese ó no pudiese admitir la herencia, Pedro adquirirá como instituido, la cuarta parte de los bienes herenciales, y en calidad de sustituto de Juan las otras dos cuartas partes, á no ser que otra cosa el testador en contrario hubiere dispuesto; y si fuese Pedro el que no quisiera ó no pudiera heredar, Juan percibirá como heredero las dos cuartas partes, y en calidad de sustituto de Pedro otra cuarta parte.

Tanto el art. 633 del Proyecto de Código de 1851, como el art. 780 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos; y tiene sus precedentes en la ley 24, tít. 6.º, lib. 28 del Digesto; párrafo 2.º, tít 5,º, lib. 2.º de las Instituciones de Justiniano; ley 1.ª, tít. 26, lib. 6.º del Código; y ley 3.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª. Concuerda con los artículos de algunos Códigos extranjeros, entre ellos el 898 del de Italia, el 3630 del de México, el 3447 del de la Baja California, el 3630 del de Campeche, 1160 del de Chile, 1865 del de Portugal, 824 del de Uruguay, párrafo 1.º del 898 del de Italia, 1219 del de Colómbia, 2193 del de Sajonia, y 3727 del Código de la República Argentina.

Sin embargo de lo anteriormente expuesto, tal cual están redactados los artículos citados de los Códigos de México, Baja California, Campeche, República Argentina y Uruguay, parece deducirse que el sustituto no puede percibir más por sustitución que un tanto igual al que como instituido le corresponde; pero si estudiamos detenidamente el Código de Portugal y otros, vemos confirmada nuestra opinión anteriormente expuesta; en primer lugar, porque se vé más marcada la reciprocidad; y en segundo lugar, porque si el instituido lo es por dos cuartas partes de los bienes herenciales, y la persona á quien sustituye sólo está instituida por una cuarta parte, no podrá percibir una parte igual á la de su institución, quedando por lo tanto irrealizable el precepto del artículo que nos ocupa si así debiera entenderse; mientras que si por el contrario, el heredero instituido en una cuarta parte, tiene que sustituir á otro heredero instituido por dos terceras partes de los bienes relictos al fallecimiento del testador, siguiendo el sistema contrario al por nosotros sostenido, el sustituto sólo podrá adquirir como tal una cuarta parte, y por tanto quedaría intestado el testador en cuanto á la otra cuarta parte de los bienes herenciales, lo cual es contrario á los principios y causales que informan las sustituciones, y contrario á la reciprocidad que en este caso quiere establecerse.



Sin embargo, si examinamos bien los precedentes romanos antes citados, sobre todo la Ley 24, tit. 6.°, lib. 28 del Digesto, vemos más claro y sin que deje lugar á duda la razón filosófica del precepto del articulo que comentamos, claridad que hubiéramos deseado resplandeciera en dicho articulo, porque la verdad es que tal como viene redactado, lo mismo puede entenderse su aplicación cuando se trate de dos herederos á los que á la vez se haya sustituido recíprocamente, que cuando se trate de varios herederos en la misma forma sustituidos; para el primer caso ya hemos dicho que innecesaria era tal prescripción, y que nó podia admitirse la presunción de que el testador quiso favorecerlos igualmente en la sustitución que en la institución, pues creemos haber demostrado lo contrario; pero no sucede otro tanto en el segundo caso. ó sea cuando siendo más de dos los instituidos en partes desiguales, se les sustituyó reciprocamente, sino que es muy de admitir, y no otra cosa debe presumirse, que no sea que el heredero quiso favorecer en la misma proporción que en la institución, en la sustitución reciproca á los herederos instituidos, según se desprende del texto de la precitada ley de Digesto que dice: *Si son muchos los instituidos en partes distintas, y todos mútuamente sustituidos, se ha de juzgar que fueron sustituidos en las partes mismas en que fueron nombrados herederos; esto es, si uno fué instituido en una onza, otro en ocho, y el tercero en la cuarta parte, repudiando el tercero, se ha de dividir su parte en nueve partes, y llevará de éstas ocho el que fué instituido en las ocho, y una el que lo fué en una onza, como no haya sido otra la mente del testador, lo que casi no se puede creer á menos que esté evidentemente expreso.*

Y aun asi, se nos ocurre preguntar: ¿Puede admitirse en absoluto el precepto que hemos transcrito? En el mismo caso que la ley explica de ser tres los instituidos, el primero en ocho onzas, el segundo en una onza, y el tercero en tres onzas, si repudia éste su parte que, distribuida en nueve, se reparte en la proporción de una parte para el uno y ocho partes para el otro, y luego fallece éste tercero: ¿se entenderá que el sustituto lo es sólo en la porción que había sido instituido de una onza, ó como tal sustituto lo será también de toda la parte correspondiente al segundo?

Esto que parece ofrece dificultades insuperables, si bién se estudia, es de la más fácil solución, por cuanto si las sustituciones se sostienen sin otra razón de ser hoy que la de evitar los intestados, ha de prevalecer la idea de que cuando fallezcan dos de los tres coherederos, ó todos menos uno de los coherederos si fueran varios, el que sobreviva éntre á disfrutar aquello en que de la herencia los premuertos hubieran sido instituidos. Pero además, hay una razón fundamental de derecho para sostener este aserto, y es la de que el sustituyente ó sustituto, ó los sustituyentes de otras personas, no pueden adquirir más derechos ni contraer más obligaciones que los que tenian los sustituidos, como así mismo nadie puede dar á otro más derechos de los que para si tiene; y como el

sustituto en las sucesiones entra precisamente á subrogar y representar la personalidad de aquel sugeto á quien sustituye, de aquí el que ese sustituto deba percibir todo cuanto hubiera percibido esa persona á quien viene á sustituir, sin que pueda jamás confundirse en manera alguna el derecho propio que por sí tenia, para participar de una herencia con los derechos que por razón de un testamento pudiera tener el sustituido; y sin que tampoco hayan de relacionarse los haberes que al sustituto puedan corresponderle con el capital herencial que al sustituido hubiera de habérsele reservado, caso de no haber fallecido, ó habérsele declarado incapaz para suceder, á no ser que fueren varios los sustitutos, en cuyo caso pudiera abrigarse la duda de si cada uno de estos sustitutos había de adquirir una parte proporcional á la en que fueron instituidos en lo que al sustituido se le instituyó, ó había de dividirse ésta por partes iguales entre los sustitutos, cuya duda la salvamos nosotros sin más que acudir á los textos anteriormente citados, de los que se deduce clara y evidentemente, que la distribución de los bienes del sustituido, ha de hacerse proporcionalmente á la importancia de las instituciones con que fueron favorecidos los coherederos sustitutos.

Art. 780. El sustituído quedará sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituído, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del instituido.

Es muy natural que si el sustituto adquiere por sustitución lo que hubiera adquirido el instituido, contraiga también las mismas cargas que á aquél se le impusieran, porque el que está á lo bueno debe estar á lo malo. Este artículo sin embargo, dará lugar á pleitos por su redacción. En primer lugar la palabra sustituido se aplica aquí de una manera tal, que dar lugar puede á confusión de personas; pues en buen castellano el sustituido es la persona á quien se sustituye en algo, y aquí parece que el Código la emplea como sinónimo de sustituto; y en segundo lugar, parece se parte del supuesto de que las dos personas no son instituidas; lo cual es partir de un principio falso. La idea de la sustitución en el sentido que aquí se trata, lleva en sí envuelta la idea de la institución. Son dos instituciones hechas por el testador acerca del paradero de sus bienes para después de la muerte, instituciones de las cuales la primera pudiera considerarse como principal ó directa, y la segunda como subsidiaria, secundaria ó suplementaria; una institución primordial, otra para el caso en que, el instituido en primer término no pueda ó no quiera adquirir la herencia, venga el segundo instituido á suplir al primero: de manera tal, que la sustitución de herederos es una suplencia; por consiguiente, no puede ni debe hacer otra cosa que las que obligado está á efectuar aquel á quién suple ó sustituye. De



modo, que aun cuando haya opiniones muy distintas sobre el particular, sin temor de equivocarnos, podemos asegurar que, en general, el sustituto de un instituido heredero en primer término, tiene los mismos derechos y contrae las mismas obligaciones que la persona á quien sustituye en cuanto comienza la sustitución, y que lo demás no será una sustitución plena ni completa; pero si el testador dispone otra cosa, como la voluntad de éste es la suprema ley sobre últimas disposiciones, en cuanto no se oponga á la ley natural y á la ley positiva, podrán atenerse las partes interesadas á lo por aquél dispuesto.

Más viene la última parte de dicho artículo á sostener otra excepción, y es la de que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del instituído; y sobre esto se nos ocurre, que no es posible en éste caso la sustitución en cuanto á las condiciones, porque si una institución de heredero se hace sólo en consideración á las circunstancias personalísimas del sugeto á quien se instituye, no hay medio de que otra persona reuna las mismas circunstancias, y por consiguiente ó ha de eximirse al sustituto de aquellas condiciones personalísimas impuesta al instituído, ó ha de declararse ineficaz la sustitución.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 634, y el Proyecto de 1882, en su art. 781, propusieron preceptos análogos; y precedentes vemos en el Derecho Romano, donde, por la textura especial de aquel pueblo conquistador, y eminentemente socialista, se hacia indispensable la sustitución á fin de que no quedase persona alguna intestada por la falta de instituido, toda vez que sin institución no podia haber entonces testamento; así es que en varias leyes (74, 77 y 108 respectivamente) de los libros 30, 31 y 35 del Digesto, encontramos disposiciones relativas al particular que nos ocupa.

Concuerda con el art. 3729 del Código de la República Argentina, en el cual se previene que: *el heredero sustituto queda sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituído si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas á la persona del instituído*; cuyo precepto es más claro, conciso é inteligible que el de nuestro Código.

El art. 605 del Código de Austria, no distingue entre cargas y condiciones y por ello dice que: *las cargas impuestas al primer heredero deben ser soportadas igualmente por el sustituto que entra en posesión*; mientras el Código de Nápoles, distinguiendo las cargas de las condiciones, preceptúa que: *los sustitutos estarán sujetos á las mismas cargas que los instituídos, pero que las condiciones impuestas á la institución ó legado no se presumen repetidas en la sustitución á no ser que expresamente así se determine.*

También concuerda con el art. 1061 del Código de Chile; y el art. 897 del Código de Italia preceptúa que: *los sustitutos deberán soportar las cargas impuestas á aquellos á quienes sustituyen, mientras no se demuestre que la voluntad del testador era limitar estos gravamenes á los llamados primeramente*; pero la condición que se refiere especialmente á la persona del heredero ó

legatario, no se presumirá que afecte al sustituto si no se hubiese declarado asi expresamente.

Asimismo el Código de Portugal en su art. 1864, prescribe que los llamados á sustituir reciben la herencia ó el legado con las mismas cargas, excepto las que fuésen puramente personales, con que las recibirian los herederos ó los legatarios sustituidos, salvo si se hubiera determinado otra cosa: y vemos tambien iguales concordancias en los arts. 3629 del Código de México, 3446 del de la Baja California y 3629 del de Campeche, con cuyo contenido coincide en su esencia el texto de nuestro artículo 480 que comentamos; asi como concuerda con los arts. 825 del de Uruguay y 946 del de Veracruz-Llave; observándose también alguna analogia en el articulo 2191 del Código de Sajonia si bien el 2590 de dicho Código preceptúa que: *la condición impuesta al heredero no se considerará obligatoria al sustituto si asi no se expresare, especialmente*; y notando casi cierta identidad éntre el articulo que de nuestro Código nos ocupa al presente y el art. 1220 del Código de Colombia.

Art. 781. Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

El articulo que acabamos de consignar sienta un principio por el cual puede entrarse en el camino de los mayorazgos aunque limitados á un segundo grado; pues si bien con esta limitación parece se evita la creación de verdaderos mayorazgos, es lo cierto que en su esencia, salvo la perpetuidad que en el caso presente parece quiere cercenarse, en rigor tales disposiciones no son otra cosa que mayorazgos, los cuales, consentida esta tésis, vendrán á perpetuarse con suma facilidad, sin más que renovar la institución con sustituciones fideicomisarias en algunas generaciones, puesto que esa sustitución fideicomisaria ó fideicomiso universal, no es otra cosa que una institución, por la cual el testador instituye en primer término un heredero fiduciario á quien encarga entregue la herencia ó parte de ella en los términos concretos y obligados que se le prefijan, á un segundo heredero que también se le designa ó se nombra en el propio testamento, y que es el verdadero heredero fideicomisario. De manera que esto se opone al principio anteriormente sentado, de que el acto de testar debe ser personalisimo, pues el testador con tales sustituciones fideicomisarias se convierte en un verdadero fideicomitente, que encarga á otro haga lo que él mismo podia haber hecho, y que demostrando en ese fiduciario una prueba de confianza, le convierte en verdadero transferente de sus bienes con las reglas en que debe efectuarlo y las personas que deben ir sucediéndole.

Se comprende perfectamente que en Roma, y aun en nuestra patria antiguamente, respondieran á las necesidades de aquellas épocas los fideicomisos, mas hoy no comprendemos como este Código acepta su sustentación, pues no obedece á nada que como adelanto pueda conceptuarse, ni significa otra cosa que el reconocimiento implícito de los mayorazgos, toda vez que, si se sostiene la tésis de que uno puede hacer sustituciones fideicomisarias hasta el segundo grado, no hay motivo alguno para que se prohiban hasta el tercero, hasta el cuarto, ó indefinidamente, pues contrariado ya el principio de que el testamento debe ser personalísimo, podría hacerse caso omiso de cuantos principios más sustanciales sirvan de base á nuestro derecho moderno.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 782, proponía un precepto análogo; y precedentes encontramos en algunas leyes del tít. 24, lib. 2.° del Digesto, en otras del Código y de la Instituta, y en las Leyes 1.ª, tít. 5.°, Part. 6.ª, limitando dichos fideicomisos la Ley 14 de dicho título y Partida: y si bien la Real Cédula de 14 de Mayo de 1789 y la Real Resolución de 6 de Noviembre de 1839 declararon nulos los fideicomisos perpétuos, como la Real orden de 24 de Noviembre de 1818 declaró también nulos los fideicomisos temporales que se extendieran á más de una segunda generación, y la Ley de 20 de Septiembre de 1820 restablecida por Real Decreto de 30 de Agosto de 1836, prohibió la fundación de mayorazgos fideicomisos y patronatos que bajo cualquier pretexto se intentasen, la Ley de 23 de Mayo de 1845 vino á reconocer indirectamente dichos fideicomisos temporales al tratar del pago que á la Hacienda debe hacerse por ellos; y la Ley Hipotecaria vino á hacer igual reconocimiento en su artículo 14, en el cual se previene que la inscripción de los fideicomisos se hará á favor del heredero fiduciario, si oportunamente no declarare con las formalidades debidas el nombre de la persona á quien hayan de pasar los bienes ó derechos sujetos á inscripción: así es que, una cosa prohibida por unas leyes se vé sostenida por otras, y lo peor del caso es que, las leyes que prohibieron el fideicomiso, que son las que más de conformidad están con el buen sentido, la justicia y la equidad, se ven derogadas tácitamente por disposiciones que, aparentando sostener el principio de libertad de la propiedad, conculcan esa misma libertad y perjudican los derechos que la naturaleza impone, incurriendo al propio tiempo en la más palmaria de las contradicciones, pues si el Código no se ha atrevido á establecer la libertad de testar de que disfrutamos en Aragón, por suponer que esa libertad pudiera contrariar los derechos naturales que el hijo en los bienes del padre tenga, no se comprende como habiéndose disminuido la legítima cuanto se ha creido prudente para aproximarse á aquella libertad de testar tan racional y justa, se viene á sustentar el principio de que un heredero fiduciario tenga más libertad para disponer de los bienes del testador que el mismo testador, y que ese heredero fiduciario, bajo un sigilo misterioso é incomprensible pueda revelar ú ocultar á su antojo el nom-

bre del heredero fideicomisario é inscribir con tal motivo, según su capricho los bienes herenciales, ya á nombre propio, ya á nombre de ese heredero fidéicomisario, que á veces es el que, ocultándose á la sombra del misterio, está incapacitado por la ley para heredar.

Así es que el legislador, para ser lógico, podía haber suprimido las incapacidades para suceder, desde el momento en que sostiene las sustituciones fideicomisarias; sustituciones que han dado lugar á abusos tales, que sólo han servido para premiar los más nefandos vicios en perjuicio siempre de los legítimos descendientes; sustituciones que ya que se admitan malamente, no debían prevalecer jamás en perjuicio no de las legítimas, sino de todos los derechos de los hijos del testador, ó que mejor dicho, no debieran permitirse más que á las personas que careciesen de legítimos herederos dentro del cuarto grado.

Respecto á concordancias con los Códigos extranjeros, como es diversa la doctrina que en éstos se sostiene, hemos de expresar que poca conformidad media entre ellos y nuestro Código, respecto á la prescripción del artículo que comentamos; puesto que los Códigos de México, Baja California y Campeche en sus arts. 3631, 3148 y 3631 respectivamente, preceptuan que: *Quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias, y cualesquiera otras diversas de las tres consignadas en este capítulo* (que son la vulgar, pupilar y ejemplar), *sea cual fuere la forma de que se las revista:* el de Uruguay, que previene en su art. 827 que todo fideicomiso es nulo cualquiera que sea la forma con que se le revista, y que toda sustitución fuera de la señalada en los arts. 820 y 821 (que se refieren á la vulgar) se considera fideicomiso; el de Guatemala, que prefija en su art. 832 que no hay más sustitución que la vulgar; el de Italia que declara prohibida la sustitución fideicomisaria que define en su art. 899; el de la República Argentina en su art. 3724, que sólo admite la sustitución vulgar después de sentar en su anterior artículo que el derecho de instituir un heredero, no importa el de dar á éste un sucesor, preceptuando empero luego (art. 3730) que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución de heredero ni los derechos del llamado antes; todos los cuales vemos rechazan la sustitución fideicomisaria; y en cambio existen los art. 949 del Código de Veracruz-Llave, y el párrafo 1.° del art. 1867 del Código de Portugal que admiten la hecha por el padre á favor de los nietos.

El art. 1866 del Código Portugués define la sustitución fideicomisaria ó fideicomiso, diciendo que es la disposición testamentaria por la cual un heredero ó legatario queda obligado á conservar la herencia ó el legado, y trasmitirlo por su muerte á un tercero. Concrétanse á hacer una parecida definición de la sustitución fideicomisaria los Códigos de Colombia y de Chile en sus artículos 1223 y 1164 respectivamente. Y si bien el Código de Austria en su art. 604 y siguientes concuerda en parte con el nuestro sobre la materia que nos ocupa, el Código Francés en su art. 896 condena, como otros varios Códigos moder-



nos, en general las sustituciones y sólo las admite como una excepción en sus arts. 1048 al 1050, como lo hace también el Código de Holanda en sus artículos 1020 y siguientes; si bien debe tenerse presente que los referidos arts. 1048 al 1050 del Código Francés fueron derogados por la Ley de 17 de Mayo de 1826, que también quedó sin vigor más tarde por la Ley de 7 de Mayo de 1849; y luego el Tribunal de Casación de aquel país, en sentencia de 29 de Junio de 1853, estableció que la facultad de sustituir autorizada por el art. 1048, no podía ser ejercida más que por el padre y la madre con relación á sus hijos sin que se extendiese á los demás ascendientes.

Art. 782. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora, solo podrán hacerse en favor de los descendientes.

En este artículo se demuestra que el mismo legislador comprende lo peligroso de las sustituciones fideicomisarias y por ello previene que nunca podrán gravar la legítima; mas si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora únicamente podrán hacerse en favor de los descendientes: lo cual indica de un modo bien claro que se pretende con esto no perjudicar tanto á los que sin la sustitución habrían de venir á suceder por Ministerio de la Ley.

El Proyecto de Código de 1882 proponía preceptos análogos, y teniendo relación este artículo con lo que se previene en los arts. 813 y 824 de este mismo Código, vemos precedentes en la Ley 17, tít. 1.°, Part. 6.ª y en las Leyes 11, título 6.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación y Ley 1.ª tít. 20 del mismo libro; sin que pueda decirse que tenga concordancias en los demás Códigos, pues lo mismo el de Francia que el de Bélgica, que el de Campeche, Uruguay, Guatemala, México y Baja California, como el de la República Argentina, rechazan en general las sustituciones fideicomisarias, según anteriormente hemos indicado, por más que algún comentarista pretenda ver concordancias con el Código de Portugal; pues el art. 1863 de este Código que algunos citan, como el 1226 del de Colombia, no favorecen en nada la sustitución fideicomisaria.

Art. 783. Para que sean válidos los llamamientos á la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.

El fiduciario estará obligado á entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.

Dos preceptos contiene este artículo, uno relativo á la validez de los llamamientos á las sustituciones fideicomisarias, que realmente no pueden tener eficacia mientras no sean expresos, y otro relativo á las obligaciones del

fiduciario que realmente no podía redactarse de otra manera en su primera parte del segundo apartado que obliga á dicho fiduciario, en general, á la entrega de la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras; en cuyas deducciones comprendemos también que caben abusos, pero pueden pasar mejor que la excepción que al final de dicho apartado se determina, pues si se salva el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa, es muy posible que en toda sustitución fideicomisaria aparezca dispuesto lo contrario de lo que se preceptúa en la regla general que acabamos de indicar.

Con el sostenimiento de tales preceptos sobre sustituciones fideicomisarias, podemos calcular que vivimos algunos siglos retrasados respecto de nuestra época, pues si bien no encontramos ya sustentada la idea, que en el derecho romano se habia generalizado, de que el heredero fiduciario podía retener la cuarta Trebeliánica si no la tenia salva por disposición del testador, vemos que con las disposiciones que hoy se sientan en este artículo sobre el particular, el fiduciario aparece colocado en la mejor de las situaciones, y no sólo puede tener lo que el testador disponga en su favor, sino que además de deducir los gastos legitimos puede hacer deducción de créditos y mejoras faciles de presentar, aunque imaginarios fuesen.

Es más; hoy no se habla de la obligación que el fiduciario tenia, segun derecho antiguo, de formar inventario, y casi podemos conceptuar que la condición de dicho fiduciario es por nuestro Código tanto ó más ventajosa que la para el mismo establecida por la Ley 8.ª, tit. 11, Part. 6.ª, y la Ley 1.ª, tit. 18, libro 10 de la Nov. Recop.; y tanto es así, que si elección tuvieran los fiduciarios catalanes á optar por su derecho foral ó por el establecido en este Código, casi saldrian beneficiados sometiéndose á éste, por más que con arreglo á las Constituciones del Principado, al derecho canónico y al romano tienen derecho á la detracción de la cuarta Trebeliánica.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 784, proponia preceptos análogos que en relación estaban con la Ley 14, tit. 5.º, Part. 6.ª y Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 26 Junio de 1862, declararon que está permitido que la designación de fideicomisario se haga de una manera confidencial.

De manera, que por el derecho nuevo, es decir, por este Código, queda derogada la deducción de la cuarta Trebeliánica á que se refiere la ley antes citada de Partida; y que si bien el Código de Sajonia, en su art. 2504, sostiene el tácito llamamiento á la sustitución, los demás Códigos en su mayoría se muestran partidarios de los llamamientos expresos, como el nuestro, y como el de Chile en sus arts. 744 y 756, el de Colombia en sus arts. 804 y 815, y otros varios.

Art. 784. El fideicomisario adquirirá derecho á la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará á sus herederos.

Es inconcuso que si el fiduciario tiene el deber de entregar inmediatamente al fideicomisario la herencia, y los derechos del tal fideicomisario arrancan de la muerte del testador, desde que ésta tenga lugar deben transferirse los bienes herenciales al dicho fideicomisario; y si este muriese antes que el fiduciario no por eso perderá derecho alguno sino que, por el contrario, será trasmitido á sus herederos.

El precepto de este artículo está en perfecta relación con lo que proponía el Proyecto de Código de 1882, en su art. 785, y se relaciona también con los arts. 657 y 661 del Código que nos ocupa, teniendo concordancias ó más bien observándose cierta analogía con lo que los arts. 762 del Código de Chile, y 1869 del de Portugal preceptúan en relación al fideicomiso en general, puesto que se dice que el fideicomisario, en la única excepción que admite dichas sustituciones el Código Portugués en su art. 1867, adquiere derecho de sucesión desde la muerte del testador, aunque no sobreviva el fiduciario, y ese derecho pasa á sus herederos.

Analogía vemos entre el artículo que de nuestro Código nos ocupa, y los artículos 766 y 820 de los Códigos de Chile y de Colombia respectivamente, sin que deje de tenerla el art. 2509 del Código de Sajonia.

Art. 785. No surtirán efecto:

1.° Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituído la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero.

2.° Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781.

3.° Las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente, mas allá del segundo grado, cierta renta ó pensión.

4.° Las que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

Las reglas que prefija este artículo parecen dadas para cortar los abusos que con las sustituciones fideicomisarias suelen cometerse de continuo; pero



valiera más que para no exponerse á tal escollo, éste desapareciese de raiz, pues no podemos menos de repetir una y mil veces que las sustituciones fideicomisarias hoy no tienen razón de ser, y que la mayoría de las veces sólo sirven para favorecer cosas que no pueden darse á la luz del dia.

El primer número del expresado artículo viene á confirmar el precepto del art. 781 de este mismo Código, pues de no ser hecha la sustitución fideicomisaria de una manera expresa y no imponer la obligación al sustituto de entregar los bienes á un segundo heredero, vendría á conculcarse el precepto del artículo que acabamos de citar, y tal regla, comprendida bajo el número uno, viene á destruir muy oportunamente la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de Junio de 1862 interpretando la Ley 14, tit. 5.°, Part. 6.ª, en favor de la designación confidencial.

El segundo número del artículo que nos ocupa, también está en relación con el art. 781 que de este Código hemos citado, pues es indudable que la prohibición perpétua ó temporal de enagenar consignada en cualquier sustitución fideicomisaria, nos llevaría con el mayor descaro y desenvoltura á la vinculación por las leyes generales del reino prohibidas.

El número tercero también tiende al mismo objeto, pues si se admite que un fideicomisario pueda llenar su cometido legalmente pagando rentas ó pensiones más allá del segundo grado, se viene á destruir esa libertad de propiedad que tanto algunos preconizan, monopolizándola el testador en perjuicio de sus derecho-habientes.

El cuarto número se dirige á evitar que bajo la sombra del misterio se dé á los bienes del testador un destino diferente al que por la ley debería darse, y echa por tierra las doctrinas sustentadas en las Sentencias del Tribunal Supremo ya dictadas, de carácter análogo á la que hemos citado al ocuparnos del número primero.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 636, y el Proyecto de 1882 en su artículo 785, propusieron preceptos análogos; y precedentes vemos en la Resolución de 6 de Noviembre de 1838, en la Real cédula de 14 de Mayo de 1789, en el Decreto de 27 de Septiembre de 1820, restablecido por Real decreto de 30 de Agosto de 1836, que prohibió las enagenaciones perpétuas hechas directa ó indirectamente; y vemos gran analogía en el art. 1871 del Código de Portugal, en los arts. 745 y 748 del Código de Chile, en los arts. 926 del Código de Holanda, 827 y 828 del Código de Uruguay, en el art. 3732 del Código de la República Argentina, en el 896 del Código de Francia, en el 899 del Código de Italia, en el art. 896 del de Bélgica, el art. 3636 del de México, 3453 del de la Baja California, y 3636 del Código de Campeche; pues en la mayor parte de los citados, y sobre todo en estos tres últimos se determina que se consideran fideicomisarias y en su consecuencia prohibidas las disposiciones que contengan prohibición de enagenar, ó que llamen á lo que quede de la herencia por muerte del heredero,

ó se hagan con encargo de prestar á más de una persona sucesivamente cierta renta ó pensión.

En cuanto á Francia, debemos insistir en que su Código en su art. 896 previene que allí quedan prohibidas las sustituciones, y que cualquier disposición por la que el donatario, el heredero instituido, ó el legatario quede obligado á conservar y restituir á un tercero, será nula, aún respecto del donatario, del heredero instituido ó del legatario; y de conformidad con tales preceptos se dictaron algunas decisiones por el Tribunal de casación de aquel país en 2 de Febrero de 1855, 19 Marzo de 1856, 30 Abril de 1855, 11 Junio de 1860, 6 Enero de 1863, 25 Enero de 1865, y otras.

Art. 786. La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará á la validez de la institución ni á los herederos del primer llamamiento; solo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.

Por más que seamos como somos refractarios á las sustituciones fideicomisarias, no podemos menos de asentir en lo que éste artículo preceptúa, pues siendo consecuente con los principios anteriormente sentados acerca de que el testamento no se invalida, porque la institución no pueda ejecutarse, ó porque el heredero ó un legatario renuncie; pues en tal caso quedará subsistente el testamento en las demás disposiciones que contenga si conforme á la Ley se hubiere acordado. Y es natural; hoy que como repetidamente hemos dicho no es necesaria la institución de heredero para la eficacia del testamento; hoy que puede uno morir parte testado y parte intestado, no se invalidan los testamentos cuando están en forma legal otorgados, más que en lo que sustancialmente no puede realizarse; y por ello esos defectos, esas clausulas fideicomisarias se tendrá por no escritas, quedando válido el testamento en lo indefectuoso.

Nos sorprende á la verdad, que admitiendo el Código Francés ciertos principios que acabamos de anotar, venga exagerando su contrariedad á las sustituciones hasta el extremo de declarar en el segundo apartado de su art. 896, que cualquier disposición por la que el donatario, ó heredero instituido, ó el legatario quede obligado á conservar y restituir á un tercero, será nula aun respecto del donatario, del heredero, ó del legatario. Más, fijándonos bien en varias Sentencias del Tribunal de Casación de aquel país, se comprende perfectamente que el vicio de la sustitución anula la institución, y la sustitución misma, aunque se hiciere en un codicilo anejo al testamento; pero la nulidad de la institución viciada de sustitución sólo alcanza á los objetos á que ésta se refería. Así lo decidió el Tribunal mencionado, en infinidad de sentencias que tenemos á la vista, pero muy especialmente en la de 25 de Enero de 1865, de 20 de Abril de 1855, y sobre todo en la de 3 de Agosto de 1814. Y no podía ser otra cosa. ¿Como un Código tan filosófico, tan lógico y previsor como el Francés

iba á incurrir en tal contradicción? Si el Código Francés sustenta como lema de sus principios en cuanto á la testamentifacción que el hombre puede morir parte testado y parte intestado; que el vicio de institución de heredero ó de un legado, no destruye la eficacia de las demás disposiciones ¿de un testamento otorgado con arreglo á lo por la ley ordenado, ¿podría presumirse siquiera, que aquél artículo del Código Francés citado, quisiera decir lo contrario que el de nuestro Código que ahora comentamos? De ninguna manera. Sin embargo, aquel Código no se explica con la claridad que el nuestro en este asunto; y lo mismo sucede con el art. 896 del Código de Bélgica en su último apartado.

Pero viene el Código de Italia; y ya allí vemos una disposición más clara; allí, ya la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica á la validez de la institución de heredero, ó del legado á que se haya adicionado; pero deja sin efecto todas las sustituciones, aunque de primer grado sean. De manera que en Italia siendo más radicales que nosotros y más refractarios que nosotros á las sustituciones fideicomisarias, no les dán el carácter de viciar cuanto á su alrededor se encuentra, sino que se contentan con anular la sustitución. Y en la República Oriental del Uruguay donde la sustitución encuentra trabas por doquier, tiene su Código un artículo claro y conciso, el 829, donde se determina sencillamente que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica á la validez de la institución de heredero, ni á los derechos del primer llamado.

Respecto del Código de Portugal nada hemos de exponer, porque el precepto de su art 1869, en lo esencial es lo mismo que el que de nuestro Código comentamos; y casi las mismas prescripciónes encontramos en los arts. 3632 del Código de México, 3449 del de la Baja California, 3632 del de Campeche, 3730 del de la República Argentina y otros.

Precedentes del precepto que nos ocupa vemos en la Ley 15, tit. 20, lib. 10, de la Novísima Recopilación; y los Proyectos propusieron prescripciónes semejantes en sus arts. 638 del de 1851 y 788 del de 1882.

Art. 787. La disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia, y á otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo á varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará á lo dispuesto en el art. 781.

Como quiera que dada la libertad de la propiedad, el hombre puede disponer de ella dividiendo los dos dominios, ó separando el dominio directo del útil, es lógico que el testador pueda disponer de sus bienes para después de su muerte, dejando el dominio directo á un heredero y al otro el usufructo; pero si deja el usufructo á varias personas, no simultánea sino sucesivamente, entonces hay que tener en cuenta que esta sucesión sucesiva puede·

dar lugar á la creación de un vínculo aunque sólo se refiera éste al dominio útil; y como todas estas sucesiones en que se perpetúa la sucesión testamentária sucesivamente, no pueden pasar del segundo grado, según lo que determina el art. 781 y demás concordantes de este mismo Código, de aqui el que sea más que natural el precepto del articulo que comentamos refiriéndose en un todo al que acabamos de citar.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 788, como el de 1851, en su articulo 638, propusieron preceptos análogos; y teniendo sus precedentes en la Ley 15, tit. 20, lib. 10 de la Novisima Recopilación, se ven también ciertas analogias entre el articulo que de nuestro Código nos ocupa y el 1870 del Código de Portugal, aun que es bastante más restrictivo que el nuestro; y concordancias encontramos en los arts. 901 del Código de Italia, 899 del de Francia, 930 del de Holanda, 899 del de Bélgica, 1509 del de Luisiania, 736 del de Chile, 830 del de Uruguay, 3633 del de México, 3450 del de la Baja California, 3633 del de Campeche, 797 del de Colómbia, 2470 del de Sajónia, y otros; siendo de notar que realmente el precepto que contiene el art. 787 de nuestro Código, viene á derogar la ley 11, tit. 6.°, lib. 11 de la Novisima Recopilación, ó sea la Ley 27 de Toro, que permitia imponer el gravamen de restitución, fideicomiso, vinculo, etc., etc.; en la mejora del tercio.

Art. 788. Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periodicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes ó en favor de los pobres ó de cualquiera establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero ó herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla é imponer el capital á interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización é imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la Autoridad administrativa á quien corresponda con arreglo á las leyes.

Obras pias fundáronse en ciertos tiempos, que conceptuándose de modo especial contrarias á las leyes generales previsoras de todo cuanto pudiera atentar á los principios económico-sociales, fueron miradas con recelo, por cuanto implicaban la transferencia á manos muertas de algunos verdaderos filones de riqueza; pero la Real Cédula de 30 de Mayo de 1830, consentia á los *fideicomitentes* que, con ciertas restricciones, designaran los objetos en que hubieran de invertirse algunos bienes, aunque no se señalara persona determinada á quien hubieran de entregarse, siempre que dichos bienes se destinasen á sufragios, dotes de huérfanos, limosnas, etc., etc.

El legislador, en el apartado segundo ó sea en la condición primera del artículo que nos ocupa, parece prevenir una regla de acción en virtud de la cual, cuando la carga á que se refiere el párrafo anterior se impusiere sobre bienes inmuebles, y fuese temporal, no pierda el heredero ó herederos la libertad de la finca gravada cuando necesario le fuese por cualquier concepto el cancelar tal gravamen, mientras que la condición segunda, refiriéndose á carga perpétua, concede al heredero la facultad de capitalizar la finca gravada, é imponer el capital á interés, ó en primera y suficiente hipoteca. De manera, que tanto en la primera como en la segunda condición se vislumbra desde luego el deseo de conciliar la libertad de la propiedad con la seguridad de la carga impuesta sobre la misma; y después de sentar las dos repetidas condiciones, viene el apartado cuarto á enseñarnos como ha de hacerse dicha capitalización, y como ha de efectuarse la imposición del capital, previniendo se haga con intervención del Gobernador de la Provincia y con audiencia del Ministerio Público, en lo cual viene á mostrarse el legislador lógico y consecuente con lo que ya determinó en el art. 747 de este mismo Código, relativo á la disposición que el testador hiciese del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma. Mas no hemos de pasar sin llamar la atención de lo que significa para nosotros esa intervención que al Gobernador Civil de la Provincia se le dá en estos asuntos; pues sólo como representante del Gobierno y por el protectorado que éste debe tener sobre las fundaciones benéficas, se comprende la exigencia de que el Gobernador Civil de la Provincia respectiva intervenga en la capitalización é imposición del capital destinado por el testador á esas obras benéficas á que se refiere el párrafo 1.º del artículo que comentamos; y para convencerse del papel que en tales asuntos se le depara á dicha Autoridad Administrativa, basta leer la Real orden de 25 de Agosto de 1846, y los arts. 7.º al 9.º de la Instrucción de 27 Abril de 1875, en los que se encuentra bien determinado cuanto concierne á las personas que desempeñan ese protectorado que acabamos de indicar, sobre tales fundaciones benéficas en las diferentes gerarquias de la esfera administrativa.

En cuanto á la intervención del Ministerio Fiscal, nada hay que decir sobre esto, porcuanto, dada la representación legal que ostenta en todos los actos

del ejercicio de su cargo, él debe estar allí en representación de esa ley y de la sociedad para imponer á todos el cumplimiento de las disposiciones legales; y lástima es que no tenga á su disposición medios coercitivos, elementos bastantes de toda clase para realizar su elevada misión que le llena de deberes al propio tiempo que le otorga muchas é importantísimas facultades, sin que la sociedad, su representada, le prodigue los elementos ejecutivos que su cargo requiere, ni se aperciba siquiera del gran descuido y abandono en que tiene al más genuino de sus representantes.

Y quédanos el último apartado del artículo que nos ocupa, en el cual, antes de ocuparse del tanto por ciento á que ha de verificarse la capitalización y dejando por consiguiente este extremo al amparo de las prescripciones del artículo 16 de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874, sobre la manera de redactar instrumentos públicos sujetos á Registro, nos dice que si el testador no hubiere establecido un orden determinado para la administración y aplicación de la manda benéfica á que antes nos hemos referido, lo designará la Autoridad administrativa á quien corresponda, con arreglo á las leyes; pues bien, conforme con las disposiciones anteriormente dictadas, los Gobernadores y los Alcaldes respectivamente son los que están llamados á suplir esa omisión del testador, y los mismos han de tener presente cuando en su propio nombre ó por delegación intervengan en la capitalización á què se refiere el artículo anterior, que ésta ha de efectuarse con arreglo á la ya citada Instrucción de 1874 sobre modo de redactar instrumentos públicos, teniendo en cuenta el tres por ciento anual de los réditos de las prestaciones perpétuas.

Cierta relación existe entre el artículo que nos ocupa y lo prevenido en los arts. 35, 38 y 746 al 749 de este mismo Código, habiéndose propuesto preceptos análogos en el art. 789 del Proyecto de Código Civil de 1882; pero si nos detenemos algún tanto á estudiar los preceptos contenidos en los arts. 3637 al 3640 del Código de Campeche, 3454 al 3457 del de la Baja California, y 3637 al 3640 del Código de México, veremos que viene á demostrarse en ellos que cada uno de dichos preceptos están en lo esencial perfectamente de acuerdo con los cinco apartados del art. 788 que de nuestro Código comentamos, toda vez que en ellos se dice que no están comprendidos en las prohibiciones de sus artículos anteriores, las prestaciones de cualquier cantidad impuestas á los herederos en favor de los indigentes, para dotar doncellas pobres ó en favor de cualquier establecimiento ó fundación de beneficencia pública; guardándose las prescripciones que establecen los tres artículos siguientes; y en estos artículos se determina que la prestación deberá ser consignada por el testador en ciertos y determinados bienes, pero que queda en libertad el heredero gravado para capitalizarla é imponerla á rédito, cuyo precepto bien claro se vé es la síntesis de las dos primeras condiciones fijadas en el nuestro, sin descender á los detalles que el nuestro desciende, ni diferenciar la prestación ó carga temporal de la prestación ó carga perpétua.

El otro capitulo de los referidos Codigos previene que la capitalización se hará interviniendo la primera autoridad politica del lugar, y con audiencia de los interesados y del Ministerio Fiscal; precepto que vemos suplido en nuestro Código por el apartado cuarto del articulo que comentamos, aunque nos satisface más el de los Códigos Mexicanos por cuanto da intervención á los interesados y no se limita en cuanto á la Autoridad administrativa, á la personalidad del Gobernador, sino que se refiere á la primera autoridad gubernativa del lugar cualquiera que sea la que corresponda.

Y el último de los articulos citados de dichos Códigos, viene á suplir el último apartado del que de nuestro comentamos; aunque en esto el nuestro nos satisface más porque se circunscribe y ciñe mejor al asunto de qué se trata.

Respecto de Portugal, podemos hacer presente que, después de presentar como prohibidas ciertas sustituciones fideicomisarias el art. 1871 de aquel Código, y entre ellas las disposiciones que impusieren al heredero ó al legatario la carga de entregar á varias personas sucesivamente cierta renta ó pensión, viene el art. 1872 de dicho Código, determinando que la prohibición del artículo anterior, no comprende las prestaciones de cualquier cuantía impuestas á los herederos ó á los legatarios á favor de los indigentes, para dote de doncellas pobres, ó á favor de un establecimiento ó fundación de utilidad pública; prescribiéndose en dicho articulo también que la carga deberá consignarse en ciertos y determinados predios, y será siempre licito al heredero ó legatario gravado, amortizar dicha prestación; sin que queden, después de esto, sujetos á ningún orden especial de sucesión que no se halle comprendido en la ley general.

El Código de Italia, en su art. 902, de un modo más conciso pero bastante expresivo, preceptúa que no está prohibido establecer rentas perpétuas ó por tiempo determinado para socorro de la indigencia, en premio á la virtud ó al mérito, ó para otros objetos de pública utilidad, siempre que en la disposición se llame á personas de una cualidad dada ó de determinada familia.

El Código Portugués, en su art. 1872, tiene bastante analogía con el que de nuestro Código nos ocupa, encontrándolas también en otros varios Códigos extranjeros.

También conviene hacer presente que la ley de 11 de Octubre de 1820 sobre obras benéficas, que en todas sus partes se habia observado, fué modificada en sus arts. 14 al 16 por la ley de 1.º de Mayo de 1855.

Art. 789. Todo lo dispuesto en este capítulo respecto á los herederos se entenderá también aplicable á los legatarios.

El articulo que acabamos de consignar no necesita comentario, pues es evidente que en la sucesión testada, todo cuanto se diga respecto de los insti-

tuidos herederos, debe entenderse dicho respecto de los legatarios, y muy principalmente en cuanto se refiere á la sucesión, ó sea la sección tercera que ahora nos ocupa, pues bien conocida es de todos la diferencia que existe entre el heredero y el legatario en cuanto á sus obligaciones y en cuanto á la determinación de una parte de la herencia que se hace en toda institución, y la expresión de cosa determinada que se efectúa en el legado.

Precedentes tenemos en varias leyes del tit. 9, lib. 34 del Digesto, del titulo 35, lib. 6.° del Código Romano y en la Ley 13, tit. 7.°, Part. 6.ª, pues en cuanto á las causas de indignidad se establecen comunes para el heredero y para el legatario; y tanto en el art. 639 del Proyecto de 1851, como en el art. 790 del Proyecto de 1882, se propusieron preceptos análogos.

El art. 831 del Código de la República Oriental del Uruguay, tiene exactamente igual precepto que el nuestro; como sostienen iguales principios los Códigos de la República Argentina en su art. 3731; de Campeche en su art. 3644; de la Baja California en su art. 3461, y el de México en su art. 3641; así como también el art. 1223 del de Colombia, y el 1164 del de Chile.

SECCIÓN CUARTA

DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y DEL LEGADO CONDICIONAL Ó Á TÉRMINO

Art. 790. Las disposiciones testamentarias, tanto á título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

Antes de empezar á ocuparnos detenidamente artículo por artículo de cuantos comprende esta sección, hemos de decir dos palabras acerca del epígrafe que la encabeza: en él se anuncia que la sección cuarta dedicase exclusivamente á la institución de heredero condicional, á la disposición de un legado condicional ó á término; y pocos exfuerzos de imaginación hay que hacer para demostrar en primer lugar que al hombre que tiene la libertad de la propiedad no puede negársele la facultad de instituir herederos y nombrar legatarios condicionales ó á término; y que esta institución condicional merece por su importancia tratarse en capítulo aparte de las demás instituciones; mas como hemos dicho que los legados deben sujetarse á la ley de las instituciones, de aquí es que cuando esos legados sean condicionales, deban tratarse en la misma sección que las instituciones á término. Y aquí el art. 790 viene á preceptuar lo que hemos adelantado por la idea que el epígrafe de esta sección nos sugiere. Toda disposición testamentaria, sea á título universal, sea



particular, puede hacerse bajo condición por cuanto al disponer el hombre durante su vida de sus propios bienes, condiciones puede imponer á la persona á quien los transfiera; y sería un absurdo el que lo que puede hacerse en vida no pudiera hacerse para después de la muerte, siendo uno y otro acto consecuencia natural del derecho de propiedad.

En Roma, donde estaba vedado morir parte testado y parte intestado, donde la institución era esencial al testamento, donde el formalismo más exagerado dominaba, negábase eficacia á las instituciones á término, *ex die* ó desde cierto tiempo, *in diem* ó hasta cierto término; más el Código de Italia entre los modernos Códigos principalmente, y los de Uruguay, México, Baja California, Campeche y Guatemala, han venido á ocuparse de modo bien distinto de los efectos que esta clase de instituciones producen. Así vemos que mientras en las antiguas fuentes de nuestro derecho se rechazaban las instituciones á término, el Código moderno de Italia dedica una sección á tales disposiciones, y en su art. 848 preceptúa que la sucesión á título universal ó particular podrá hacerse también bajo condición; inspirándose en los mismos principios el Código de Chile al dictar sus arts. 1070 y 1080; como en ellos parece informarse el art. 909 del Código de la RepúblicaOriental del Uruguay; los arts. 816 y 884 del Código de la República de Guatemala, de los cuales se lee en el primero: *La institución de heredero voluntario puede hacerse desde día determinado, ó hasta cierto día, ó bajo condición*: determinándose lo mismo de los legados en el segundo; y en los arts. 3386 del Código de México, en el 3249 del de la Baja California, 3386 del de Campeche 1118 del de Colombia, 2118 del de Sajonia, y otros se ven iguales principios que en el art. 790 que de nuestro Código nos ocupa.

Transcribir podríamos lo que estos tres últimos Códigos prescriben, más por no hacer difuso este comentario, y abreviar algún tanto el trabajo, nos contentaremos con las indicaciones hechas, toda vez que en la esencia su reproducción sería repetir lo que en nuestro Código se determina.

El Proyecto de 1882, en su art. 877, proponía prescripciones análogas á la del artículo que de nuestro Código nos ocupa.

Art. 791. Las condiciones impuestas á los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

Es de buen sentido el precepto de este artículo, y no otra cosa significa sino que en primer lugar están llamados á regular los heredamientos y legados condicionales, los preceptos que esta sección entraña, y cuando estos no alcanzasen á los casos todos que en la práctica se presenten, las reglas establecidas para las obligaciones condicionales serán ley supletoria por la que deban regirse.



El Proyecto de Código de 1851, en su art. 708, y el Proyecto de 1882, en su art. 878, proponían preceptos análogos al del artículo que de nuestro Código nos ocupa; y en relación se encuentra este con lo que prescriben los arts. 1113 al 1124 sobre las obligaciones condicionales.

Concuerda con el art. 1070 del Código de Chile, el 885 del de Guatemala en el que se preceptúa que las condiciones de los legados deben ser posibles y honestas, y las que no lo fueren se sujetarán á lo dispuesto en los arts. 811 y 822 de aquél Código, es decir, que se consideran por el primero prohibidos como las instituciones de cierto género, y que se conceptuarán no puestas, como en las instituciones, las condiciones que se opongan à la naturaleza, como la de no casarse á que se refiere el art. 822 citado; pero será válida la que se dirija á impedir el matrimonio con una persona determinada: preceptuando el art. 909 del Código de Uruguay como el nuestro, en uno de sus párrafos que las instituciones y legados condicionales habrán de regirse en lo que taxativa y especialmente no esté designado para las mismas en la ley, por lo dispuesto para las obligaciones condicionales ó á plazo.

El art. 3392 del Código de Campeche, como igual artículo del de México y el 3255 del de la Baja California, entrañan iguales principios que el nuestro: es decir, que en aquello que no esté especialmente determinado para las instituciones y legados condicionales, se estará á lo dispuesto para las obligaciones condicionales ó á plazo; y unos y otros Códigos parten del supuesto que las condiciones metafisicamente imposibles no pueden menos de ser imposibles legalmente, como se vé tambien en el art. 1128 del Código de Colombia.

Art. 792. Las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa.

Hemos adelantado ya, al tratar del artículo anterior, algo respecto á las condiciones imposibles, diciendo que lo que metafisicamente no es posible no puede serlo legalmente, y hemos de aceptar sinceramente el precepto del artículo que ahora comentamos, pues en él se prescinde de la voluntad del testador, cuando de condiciones imposibles y contrarias á las leyes, á las buenas costumbres y á la moral se refiere, pues estas condiciones tenerse deben por no puestas y no han de perjudicar la institución ni el legado, pues si se admitiese perjuicio en la institución por una condición indebidamente impuesta vendría á someterse la integridad y bondad de lo principal al capricho de lo accesorio.

Precedentes tiene el artículo que nos ocupa en varias leyes del Digesto, del Código Romano y de la Instituta, como los tiene también en nuestras leyes 3.ª

del tit. 4.º, y 32 del tit. 9.º, Part. 6.ª, pero aunque no los tuviere bastaría el buen sentido y la lógica de los principios que informan tales preceptos, para que la fuerza de la necesidad los impusiese.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 709, proponía preceptos análogos al del artículo que ahora nos ocupa, y si bien contenía un segundo párrafo en el que se hacía extensivo tal precepto á las condiciones negativas ó de no hacer, el Proyecto de Código de 1882 limitó en su art. 879 la extensión de aquel á sus justos términos, comprendiendo sin duda los de la comisión que en aquel Proyecto intervinieron, que no todas las condiciones negativas son imposibles ni contrarias á la moral, á las buenas costumbres y á las leyes; por lo cual redujo su proposición, según hemos indicado, como las redujeron las leyes 3.ª y 4.ª, tit. 4.º, Part. 6.ª, y las reduce nuestro Código á las condiciones imposibles por su naturaleza y por el derecho, las cuales se tienen por no puestas, pero no vician la institución. Y esto no sólo lo dice el artículo que de nuestro Código comentamos, sino que está en perfecta relacion con lo que determinan los arts. 1116 y 1118 de este mismo Código.

Concuerda con los artículos 922 del Código de Uruguay, 821 del Código de Guatemala, 3388 y 3389 del Código de México, 3251 y 3252 del Código de la Baja California, 3388 y 3389 del de Campeche, en los cuales se preceptúa que la condición física ó legalmente imposible sea de hacer ó de no hacer, se tiene por no puesta; y que si la condición que era imposible al tiempo de otorgarse el testamento dejara de serlo al de la muerte del testador, será válida: encontrándose preceptos análogos en el art. 698 del Código de Austria, en el 900 del de Francia, 849 del de Italia, 900 del de Bélgica y otros.

Art. 793. La condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste.

Podrá, sin embargo, legarse á cualquiera el usufructo, uso ó habitación, ó una pensión ó prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

Es lógico que una condición tan contra la naturaleza, como la de no contraer matrimonio primero ó ulterior, se tenga por no puesta; y nosotros creemos que con la primera parte del apartado de este artículo, estaba completo el precepto sin que fuera necesaria la contradicción que envuelve la segunda parte del mismo, pues lo que no es moral ni conforme á la naturaleza respecto de unos, no puede serlo respecto de los otros, por más que en estos otros se refiera el Código al viudo ó á la viuda, y que esa imposición la hiciere el consorte

testador, los ascendientes ó los descendientes de éste, pues esto sólo conduce á violentar la naturaleza unas veces, á simular estados que no se tienen, otras, y á que, sobre todo la viuda desgraciada que, por su edad ó por la posición precaria en que queda, á quien se le prohibe un segundo enlace, tenga muchas veces que prostituirse ó sufrir una vida de penalidades y de sacrificios que el mismo finado que la impuso no la hubiera consentido jamás, de tener seguridad de su realización.

Por esto se ve que muchas veces las viudas que para cobrar su pensión tienen que sostenerse en tal estado, tienen que llegar al extremo de adoptar temperamentos y arrostrar una vida á la que jamás hubieran llegado de haberles sido fácil un segundo matrimonio sin la pérdida de sus derechos.

El Proyecto de Código Civil de 1851 en su art. 713, y el Proyecto de 1882 en su art. 880, proponian preceptos análogos, teniendo sus precedentes en varias leyes del tit. 1.º, lib. 35 del Digesto, muy principalmente en la Ley 63, en las Leyes 2.ª y 3.ª, tit. 40, lib. 6.º del Código Romano, y en lo Novela 22, cap. 43 y 44 del mismo derecho.

Concordancias encontramos con el articulo que nos ocupa, en el 850 del Código de Italia, que preceptúa que es contraria á la ley la condición que prohibe las primeras y segundas nupcias; produciendo sin embargo efecto la condición de viudez expresada en cualquier disposición testamentaria de un cónyuge en favor del otro; el 914 del Código de Uruguay que establece que la condición de no contraer primero ó ulterior matrimonio, se tiene por no puesta y en nada perjudica al heredero ó legatario; el 822 del Código de Guatemala que determina que se tendrá también por no puesta la condición de no casarse, pero será válida la que se dirija á impedir el matrimonio con persona determinada; al igual que el art. 700 del Código de Austria, y los arts. 1074 al 1076 del Código de Chile; asi como los arts. 1132 y siguientes del de Colombia, 1808 del de Portugal, 2135 del de Sajonia, y otros.

Concuerda también nuestro art. 793 con los arts. 3402 y 3403 del Código de México, 3265 y 3266 del Código de la Baja California, y 3402 y 3403 del Código de Campeche; siendo de notar que á la vez que coinciden entre si dichos tres Códigos en su redacción, ésta es tan igual á la que contiene el precepto de nuestro articulo, que creemos haberse tomado de aquellos tal disposición de nuestro Código en la forma que viene redactada.

Art. 794. Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero ó legatario haga en su testamento alguna disposición á favor del testador ó de otra persona.

No puede menos de ser nula la disposición hecha bajo condición de que en el testamento del heredero ó legatario se haga otra institución ó una manda

en favor de tercera persona; pues si tal se constituyese perderia su carácter personalísimo la testamentifacción activa; y como ya hemos dicho repetidas veces, que el testador debe disponer de sus bienes por si mismo para después de su muerte, y directamente; de aquí el que no pueda testador alguno imponer esa condición vejatoria, contraria á la ley y á cuanto de justo y equitativo puedan tener las disposiciones testamentarias, coercitiva de las facultades de los demás y que conculca la libertad de la propiedad; pues si se admitiese que Pedro en su testamento pudiera imponer á su heredero Juan que éste testase en favor de Diego, sobre trazar la marcha de los bienes para diferentes generaciones y familias, lo cual está prohibido por la ley, se conculcaria la libertad de Juan, por el abuso y exceso de la libertad de Pedro, y se daria lugar á que uno regulase su propiedad no sólo para inmediatamente después de su muerte, que es hasta donde alcanza la facultad del propietario, sino indefinidamente para después de la muerte de sus herederos, mermando así las atribuciones de éstos y la plena propiedad que á éstos debió tranferírseles por la herencia.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 881, proponia un precepto análogo, como lo habia propuesto anteriormente el Proyecto de 1851, y concordancias se encuentran en los arts. 1809 del Código de Portugal, 1059 del de Chile, 852 del de Italia, 3390 del de México, 3253 del de la Baja California, y 3390 del de Campeche, encontrándose precedentes del artículo que nos ocupa en varias Leyes del tít. 5.º, lib. 28 (ó sean las Leyes 70 y 71 de dicho título y libro), y en la Ley 64, título único del lib. 30 del Digesto.

Art. 795. La condición puramente potestativa impuesta al heredero ó legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador.

Exceptúase el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse.

Evidente es que la condición puramente potestativa impuesta al heredero, debe cumplirse al fallecimiento del testador en cuanto de ello se entera, pues esta clase de condiciones potestativas no son las impuestas á término, que no puedan cumplirse sin que el plazo llegue, puesto que sólo dependen de la voluntad del heredero y de la muerte del testador.

Lo mismo ha de suceder necesariamente con relación á los legatarios sujetos á condición potestativa; pues aunque no se determinase claramente en este artículo, bastaria lo prevenido anteriormente estableciendo como regla general el principio de que las mismas reglas de las instituciones son aplicables á los legados.

Y bien claro es tambien, que si la condición, ya cumplida, no puede rei-

terarse, tendremos una verdadera excepción de la regla general antes establecida.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 710, como el art. 882, del Proyecto de 1882, proponían preceptos análogos, y se encuentran precedentes en las Leyes 2.ª y 10, tít. 1.º, lib. 35 del Digesto, y en la Ley 14, tít. 4.º Partida 6.ª

Concuerda con los arts. 701 y 705 del Código de Austria, 1067, 1072 y 1073 del de Chile, 857 del de Italia, 1125 y 1130 del de Colombia, 2124 del de Sajonia, 3396 y 3397 del de Campeche, 3259 y 3260 del de la Baja California, y 3396 y 3397 del de México: debiendo hacer presente que estos tres últimos Códigos están conformes y cada uno de sus dos artículos parece parte integrante del que de nuestro Código nos ocupa; pues en los primeros de aquellos artículos citados se preceptua que si la condición es puramente potestativa y de dar ó hacer alguna cosa, y el que ha sido gravado con ella ofrece cumplirla, pero aquel á cuyo favor se estableció, rehusa á aceptar la cosa ó el hecho, se tiene la condición por cumplida; y los segundos determinan que la condición potestativa se tendrá por cumplida; y aun cuando el heredero ó legatario hayan prestado la cosa ó el hecho antes de que se otorgara el testamento; á no ser que pueda reiterarse la prestación, en cuyo caso no será ésta obligatoria sino cuando el testador haya tenido conocimiento de la primera.

Los artículos antes citados del Código de Colombia, coinciden en lo esencial, el primer apartado del que de nuestro Código comentamos, con el art. 1125 de aquél; y la segunda parte del nuestro, con el 1130 de dicho Código Colombino: mientras que el de Sajonia preceptúa que es nula la condición que dependa únicamente de la voluntad del que haya de ser obligado por ella; pero si tiene por objeto un acto ostensible del mismo será válida.

Art. 796. Cuando la condición fuere casual ó mixta, bastará que se realice ó cumpla en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa.

Si hubiese existido ó se hubiese cumplido al hacer el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida.

Si lo sabia, solo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo.

De origen romano los preceptos que este artículo comprende, no puede menos de chocarnos lo que se expresa acerca de la condición casual ó mixta, pues parece significar que esa condición casual ha de derivarse de un evento incierto é indeterminado en cuyo caso la condición no sería segura, y como las condiciones deben ser claras y determinadas, desde el momento en que se vé que dicho artículo parece preconizar la inseguridad y la indetermi-

nación, no es de creer que esa palabra casual se refiera al evento incierto, sino á la causa porque se impone: y nosotros creemos más que así sea, porque trata tambien dicho articulo de la condición mixta, y no es posible que exista esa condición mixta entre un evento incierto y un hecho determinado, preciso y claro. De todos modos, cualquiera que sea la acepción que aqui se dé á la palabra casual, debemos aceptar la idea de que bastará que se realice esa condición ó que se cumpla en cualquier tiempo, ya viviera el testador, ya hubiése fallecido, á no ser que se hubiera dispuesto lo contrario; y que si hubiere existido esa condición ó se hubiere cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignorase, se tendrá por cumplida la mencionada condición; más si el testador sabia ya que se había cumplido cuando hizo el testamento, no se tendrá por cumplida á no ser que fuése imposible su reiteración, pues es de presumir que tal causante querria ver reiterado el cumplimiento de dicha condición cuando sabiendo que se habia cumplido al otorgar el testamento, la imponia en aquella disposición como si jamás se hubiera llevado á cabo.

Nosotros sin embargo, á pesar de todo lo expuesto, creemos que las condiciones *impuestas por un testador*, no, *que se han cumplido*, como dice el Código, (porque mal puede cumplirse lo que no se ha impuesto todavia), las condiciones que se refieren á hechos ya ejecutados por las personas á quienes se instituye herederos ó se deja un legado, no pueden tomarse en serio ni por el legislador ni por persona alguna, sabiéndolo el testador al otorgar el testamento; pues si Pedro deja un legado de mil duros á Juan con la condición de que se case, cuando ya sabia que se habia casado, esto no puede significar otra cosa que una burla que no debe prevalecer, y hasta llega á la inmoralidad tratándose de actos de esta naturaleza en paises como el nuestro donde está prohibida la bigámia: pero aún tratándose de hechos de menos trascendencia, si Antonio lega dos mil pesetas á Juan si llega á los veinte y cinco años, ó si concluye una carrera, sabiendo que ya tiene más de aquella edad y que ha concluido la carrera á que puede referirse el testador, es para nosotros un legado ilusorio, y en nuestro concepto, lejos de atenerse á lo que previene el último párrafo del articulo que de nuestro Código comentamos, debia declararse nulo y de ningún valor; sin embargo, precedentes tenemos de parecidas disposiciones en las leyes 8.ª, tit. 25, lib. 6.º del Código Romano; 10 y 11 del tit. 1.º, libro 35 del Digesto y otras del mismo; como vemos también esos precedentes en las leyes 12 y 14, tit. 11, Part. 5.ª; 34, tit. 11, Part. 6.ª; 8.ª, 9.ª y 14, tit. 4.ª, Part. 6.ª; y 22, tit. 9.º, Part. 6.ª; y tanto el Proyecto de Código de 1851, en su art. 712, como el Proyecto de 1882, en su art. 883, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 911 del Código de Uruguay, 1072 del de Chile, 3400 y 3401 del de México, 3263 y 3264 del Código de la Baja California, y 3400 y 3401 del Código de Campeche, en cuyos tres últimos Códigos se preceptúa que cuando

la condición fuere casual ó mixta, bastará que se realice en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador si éste no hubiere dispuesto otra cosa; que si la condición se habia cumplido al hacerse el testamento, ignorándolo el testador, se tendrá por cumplida; mas si lo sabia, sólo se tendrá por cumplida si ya no puede existir ó cumplirse de nuevo.

Art. 797. La expresión del objeto de la institución ó legado, ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que ésta era su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible á los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos é intereses, si faltaren á esta obligación.

No puede considerarse en manera alguna como condicional una institución ó legado porque se exprese el objeto de la misma, ni porqne se determine la aplicación que haya de darse á los bienes relictos por el testador, ó la carga que el mismo impusiere de no haberse ordenado por dicho causante que tal expresión se tenga como condición del otorgamiento; asi es que pueden los herederos ó legatarios de tal manera instituidos, pedir desde luego aquello en que consista la herencia ó el legado cuyos bienes transmitan á sus herederos, con tal que estos afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador y respondan de la devolución de lo percibido con sus frutos é intereses para el caso en que no cumpliesen aquella obligación. Mas á la verdad, que el caso no es tan claro como á primera vista parece, pues según como se exprese este mandato, podria tener algo de condición.

Ya la Ley 21, tit. 9.°, Part. 6.ª se ocupó de este particular y los Proyectos de Código Civil de 1851 y 1882 en sus arts. 714 y 884 respectivamente, proponian preceptos análogos; determinándose con esto más bien un modo de testar ó legar, que una condición propiamente dicha como anteriormente podia verse en la Ley 17, párrafo 4.°, tit. 1.°, lib. 35 del Digesto, y en la Ley 2.ª, tit. 45, lib. 6.° del Código Romano, aunque no con tanta extensión como le dió la Ley de Partida. Y en cuanto á que puede pedirse desde luego y es transmisible á los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, se ven también precedentes en las Leyes 2.ª, tit. 35, lib. 6.° del Código Romano; 48, tit. 5.°, lib. 10, y 40, tit. 1.°, lib. 35 del Digesto, así como en la anteriormente citada Ley de Partida.

Concuerda con el art. 709 del Código de Austria, con el 1089 y 1095 del de Chile, con el 508 del de Prusia, con los arts. 918 y 919 del de Uruguay, en los

cuales, más bien que concordancia, sobre todo en el último, se ve contradicción con el nuestro; pues, si bien el primeramente citado, ó sea el 918, previene que: *cuando se deje algo á una persona que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo á un fin especial como el de hacer ciertas obras, ó sujetarse á ciertas cargas, es un* MODO *y no una condición suspensiva*; y que: *si pareciese dudosa la intención del testador, se juzgará que la disposición es modal*; vemos en el 949 que: *el* MODO *no impide la adquisición del derecho ni su ejercicio*; *y que lo dejado* MODALMENTE *puede pedirse desde luego sin necesidad de dar fianza de restitución para el caso de no cumplirse el modo*; lo cual es, en nuestro concepto, más justo y más racional, porque si la institución no es condicional, no se comprende la necesidad de dar esa fianza que sólo para garantir el cumplimiento de una condición se impone; y si se reduce al modo de cumplir una disposición testamentaria, hay que comprender que para exigir en este caso fianza, sería necesario exigirla á todos los albaceas, puesto que á éstos casi siempre se les impone el modo de disponer de los bienes del testador: y en cambio los arts. 3405 del Código de Mexico, 3268 del Código de la Baja California, y 3405 del Código de Campeche, previenen terminantemente que la carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria.

No concuerda el precepto del artículo que comentamos con el artículo 1809 del Código de Portugal como supone algún comentarista, pues dicho artículo se refiere á la nulidad de la disposición hecha bajo cierta condición de que trata nuestro art. 794.

Art. 798. Cuando, sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, no pueda tener efecto la institución ó el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los mas análogos y conformes á su voluntad.

Cuando el interesado en que se cumpla, ó no, impidiere su cumplimiento sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, se considerará cumplida la condición.

En este artículo viene á sentarse un principio bajo el cual se comprende perfectamente la base de sostener lo que en el art. 796 de este mismo Código se preceptúa; y caminando bajo el supuesto de que cuando sin culpa del heredero ó del legatario no pueda efectuarse la institución ó el legado de que se trata en el artículo precedente, en los términos mismos ordenados por el testador, deben buscarse para su cumplimiento los medios de mayor analogía que en concordancia estén con la voluntad del testador; pero insistimos en que no ha de haber culpa por acto propio del heredero ó legatario, pues si lo hubiere, quedará ineficaz la institución. Y es por esto por lo que decimos

que el articulo que comentamos al presente, no sólo tiene relación con el inmediatamente anterior, sino que apoya y beneficia las prescripciones del articulo 796 antes referido; pues es indudable que si la condición impuesta por el testador no puede realizarse porque el hecho á que la misma se reducia se hallaba ya ejecutado por el heredero, como este en tal caso no tiene culpa alguna de que la institución sea imposible llevarla á cabo en los mismos términos análogos y bajo el supuesto de que la condición impuesta estaba ya cumplida, (aspecto único bajo el cual pueden sostenerse las teorias alli desenvueltas), y en ese sentido evidente es que no habria necesidad de declarar ineficaz la institución como debiera hacerse atendiendo simplemente á los más extrictos principios de derecho, y sin tener para nada en cuenta lo que preceptúa el articulo que al presente comentamos.

En relación está también este articulo con los preceptos de los arts. 675 y 1119 del mismo Código, muy especialmente en lo que se refiere al párrafo último del art. 798 que nos ocupa, en el que se dá por cumplida la condición cuando sin culpa del heredero ó legatario impide el cumplimiento de ella, el interesado en que no se cumpla para que el heredero pierda su derecho; y se ven precedentes del articulo que comentamos en la Ley 16, tit. 2.°. lib. 33 del Digesto: asi como en el Proyecto de Código de 1851, cuyo art. 715, proponia preceptos análogos, como los propuso después el art. 885 del Proyecto de 1882.

Vemos concordancias en parte, en el art. 1093 del Código de Chile, 922 del de Uruguay en su párrafo segundo, en los arts, 3387 del de México, en el 3250 del de la Baja California, 3387 del de Campeche, y en el 1151 del de Colombia.

Art. 799. La condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento.

Si la condición es simplemente suspensiva, según nuestro Código, puede el heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y trasmitirlos á sus herederos antes del cumplimiento de dicha condición, distinguiéndolo así de la resolutoria, si bien hay que hacer presente que no todos los Códigos están igualmente conformes en estos principios, pues precisamente el art. 917 del Código de Uruguay ordena que las disposiciones testamentarias bajo condición suspensiva, no confieren al heredero ó legatario derecho alguno mientras no se cumpla la condición, salvo el de implorar las providencias conservatorias necesarias; y luego, en un segundo apartado, dice el referido articulo del Código de Uruguay, que si el heredero ó legatario muere antes de cumplirse la condición no trasmite derecho alguno, y en otro apartado prescribe que cumplida la condición, no tendrá derecho á los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiere expresamente concedido: y esto que

vemos en el Código que acabamos de citar, se encuentra expuesto también, aunque en términos distintos, en el Código de la República Argentina, pues expresa el art. 3771 de dicho Código, que los legados subordinados á una condición suspensiva ó á un término incierto, no son adquiridos por los legatarios, sino desde que se cumple la condición ó desde que llega el término, y luego el art. 3772 preceptúa que si una condición suspensiva ó un término incierto es puesto, no á la disposición misma, sino á la ejecución ó pago del legado, éste debe considerarse como puro y simple respecto à su adquisición y trasmisión á los herederos del legatario. Lo cual dá á entender bien claramente que dicho artículo distingue el caso en que la condición suspensiva se imponga á la misma disposición testamentaria, de la en que pueda imponerse á la ejecución ó pago del legado; pues en el primer caso no se ejecuta hasta que se cumple la condición ó desde que llegue el término impuesto, y en el segundo se transfiere la propiedad de lo instituido ó legado, como si se tratase de un legado simple ó puro: teniéndose también presente la circunstancia de ser á término cierto ó sea cuando se puede determinar con antelación la época en que llegará ese término, y diferenciándole del término incierto ó sea del que depende de un acontecimiento que, aun cuando deba necesariamente llegar, puede realizarse en época más ó menos remota que es imposible prefijar, como sucede con la muerte de una persona.

Pero es más, el mismo Código Argentino, en su art. 3773, previene que el legatario bajo una condición suspensiva ó de un término incierto, puede antes de llegar el término ó la condicion, ejercer los actos conservatorios de su derecho: es decir, que en este caso el legatario puede pedir la separacion de los patrimonios ó de la cosa que se lega, y accionar contra terceras personas detentadoras de inmuebles comprendidos en su legado, para que el término de prescripcion quede interrumpido.

Mas, el Código Italiano, en su art. 854, se informa en principios completamente idénticos á los que dominan en nuestro Código; y así lo demuestra sosteniendo que la condición que, según la intención del testador, no hace más que suspender la ejecución de la disposición testamentaria no impedirá que el heredero ó legatario tenga un derecho adquirido y transmisible á sus herederos, aun antes del cumplimiento de la condición: y los mismos principios sustentan los arts. 1810 del Código de Portugal, 820 del de Guatemala, el 1078 del Código de Chile, el 3391 del de México, el 3254 del de la Baja California, y 3391 del Código de Campeche; debiendo exponer que no sólo vemos precedentes del artículo que nos ocupa, en la Ley 8.ª, tit. 4.°, Part. 6.ª, sino que el Proyecto de 1882, en su art. 886, proponía preceptos análogos, y aparece á primera vista en contradicción con lo que preceptúan los arts. 759 y 766 de este mismo Código, viéndose relacionado con lo que se prescribió en la Real orden de 27 de Septiembre de 1867, con los arts. 16, 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, 113 al 115



del Reglamento para su ejecución, y el art. 19 de la Instrucción para la redacción de instrumentos públicos sujetos á Registro de 9 de Noviembre de 1874.

Tanto el artículo antes citado del Código de Chile, como el art. 1136 del de Colombia, sientan doctrinas diametralmente opuestas, puesto que preceptúan que las asignaciones testamentarias, bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar la providencia conservativa necesaria. Y si el asignatario muere antes de cumplirse la asignación no trasmite derecho alguno.

Art. 800. Si la condición potestativa impuesta al heredero ó legatario fuere negativa, ó de no hacer ó no dar, cumplirán con afianzar que no harán ó no darán lo que fué prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido, con sus frutos é intereses.

Así como la condición potestativa pura debe cumplirse desde el momento en que muerto el testador se conoce su existencia, cuando esa condición potestativa es negativa ó de no hacer ó no dar, debe desde luego el instituido ó el legatario incautarse del objeto de la herencia ó del legado si bien prestando caución de que no hará ni dará lo que se le prohibe hacer ó dar; pues de contravenir á dicha orden devolverá lo percibido con sus frutos é intereses.

Mas aquí puede ocurrir una dificultad, y es la de cómo ha de prestar esa fianza que el precepto de este artículo exige, toda vez que en este artículo literalmente se lee, *cumplirán con afianzar que no harán ó no darán lo que fué prohibido por el testador*. Nosotros creemos que el exigir una fianza no conduce á nada en este caso, pues aunque fuera fácil determinar la cantidad á que debe ascender esa fianza, evidente es que adquiriendo un objeto ó una universalidad de bienes por legado ó por institución de herederos con tal condición negativa, el heredero ó legatario que se viese obligado á prestar una fianza por un valor igual al de las cosas transferidas y sus frutos é intereses, había de calcular que si obraba de buena fe, no le convenía invertir sus capitales si los tenía, en fianzas de esta naturaleza; pues paralizaba lo que como elemento de riqueza le correspondía para adquirir cosas cuyo resultado debía ser para él incierto. Así es que, bajo este punto de vista, sería difícil ver herencias y legados con esta condición. Pero si la fianza se reduce á la caución de no hacer ó no dar aquello que se prohibió por el testador, siendo bienes inmuebles lo que el legado ó la institución comprenda, no debe en manera alguna presentarse dificultad para que la condición negativa se cumpla sin detrimento de los intereses del favorecido en un testamento y sin peligro de que la voluntad del testador deje de ejecutarse; pues sin mas que al admitir la herencia ó legado se levante un acta Notarial en la que se preste esa caución por el

heredero ó legatario, ó bien se haga prestación de la misma ante el Juez correspondiente, obligándose en otro caso los interesados á inscribir los bienes que les son transferidos bajo tal concepto con la mencionada caución, bastaria para que, constando ese afianzamiento ó gravámen en el Registro de la Propiedad el dia que se contraviniese aquella condición negativa impuesta, pudiesen los herederos legitimos del causante pedir la devolución de aquellos bienes con los frutos é intereses percibidos, si bien en este caso, en cuanto á los frutos é intereses no seria bastante esa caución, y habria de exigirse, en lo que á ellos se refiere, una fianza suficiente á cubrir su responsabilidad, la cual tampoco seria fácil de prefijar por cuanto no todos los bienes producen los mismos frutos é intereses, lo cual depende no solo de la calidad de los mismos bienes inmuebles, sino del territorio y de las condiciones del lugar donde están sitos, pues á poco que se discurra se comprende perfectamente que la riqueza urbana produce en grandes capitales mucho más que en los pueblos pequeños, y que la propiedad rural produce ordinariamente más cuando se encuentra sita al rededor de estos grandes centros de población que cuando está apartada de ellos, en donde apenas producen un cuatro por ciento: de manera que aunque se quisiera aplicar para la regulación de la fianza un mismo tipo, lo cual seria injusto, y éste se fijase en el seis por ciento ó sea el interés legal, esa igualdad en la fijación del tipo regulador de la fianza, vendria á dar por resultado la más enorme de las desigualdades relativas y la más inicua de las injusticias: asi es que aqui hay que dejar mucho al recto criterio del juzgador ó determinar casi casuisticamente, según las circunstancias y condiciones de la herencia ó legado, cuales sean esos tipos de la fianza á que se refiere el articulo que comentamos.

Pero es más, esto que se presenta dificil cuando se trata de propiedades inmuebles, ofrece mayores dificultades cuando la institución ó el legado se refiere á cosas muebles, pues en tal caso es sumamente dificil la prestación de la fianza que exije el articulo que nos ocupa; en primer lugar porque muchos de los objetos legados de esta clase, tienen más bien un precio de afección que un valor intrínseco; y en segundo lugar, porque cuando esos bienes muebles producen algunos frutos é intereses, es en extremo dificil determinar á cuanto ascienden.

No hemos de detenernos aqui á recordar si en el derecho romano se estableció la caución Muciana, al objeto de asegurar el cumplimiento de estas condiciones negativas, ni hemos de significar siquiera si en las varias Leyes (7.ª, 18 y 19), del tit. 1.º, lib. 35 del Digesto, se encuentran precedentes del precepto que nos ocupa; pues como comprenderán nuestros lectores, ni los tiempos porque atravesamos son los mismos en que Quinto Mucio Scevola pudo conceptuar necesaria la caución que tomó su nombre, ni afirman para nada tales precedentes la razón legal que en el dia haya podido tenerse en cuenta para

exigirse tal fianza en nuestro Código. Dentro de nuestro derecho patrio tenemos la Ley 7.ª, tít. 4.ª, Part. 6.ª, en la que se ven análogos precedentes, y guardando cierta relación el artículo que ahora nos ocupa, con los arts. 354 al 357, en cuanto á la determinacion de frutos ó producto de los bienes, y 760 de nuestro Código, vinieron también á proponerse preceptos análogos en los arts. 711 del Proyecto de 1851 y 887 de Proyecto de 1882.

Concuerda el artículo que comentamos con el 912 del Código de Uruguay, 1848 del de Portugal, 855 del de Italia; en los cuales se vé con distintas frases lo esencial que el precepto de nuestro artículo envuelve, aun cuando el de Portugal trata de caución y les exije prestación de fianza; siendo el más explícito el de Italia, en el que se determina que estarán obligados á prestar fianza ó dar garantia suficiente para el cumplimiento de la voluntad del testador, en favor de aquellos á quienes la herencia ó el legado haya de volver en el caso de no llenarse esa condición negativa impuesta al heredero ó legatario; mientras según lo prevenido en los arts. 3399 del Código de México, 3262 del Código de la Baja California y 3399 del Código de Campeche, la condición de no dar ó de no hacer se tendrá por no puesta.

Art. 801. Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración, hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse.

Lo mismo se hará cuando el heredero y legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior.

Es contradictorio á lo que el art. 799 de este mismo Código expresa lo que en el que al presente comentamos se precepúa. Allí se determina que la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos; aquí se previene que si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes en administración hasta que se cumpla la condición: de modo que, según aquel precepto, la adición de la herencia se efectúa desde luego, ó sea desde que la muerte del testador tiene lugar; y según lo que este artículo prescribe, no hay tal adición hasta que la condición se cumple, puesto que hasta que esto suceda los bienes de la herencia se ponen en administración, ó hasta que se adquiera la certeza de que no podrá cumplirse dicha condición.

¿En qué quedamos? ¿es qué la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos, ó es que no se adquiere nada hasta que la condición se cumpla?

Todo puede suceder, según como se miren las cosas. Si el derecho parte y se deriva, no precisamente del momento del otorgamiento, sino de la muerte

del testador, como con ésta se dá ocasión á que el derecho nazca, podrá decirse que la condición suspensiva no impide al heredero y al legatario adquirir sus derechos: pero como por otro lado tenemos dicho, que el derecho arranca no solo de la muerte del testador sino del cumplimiento de la condición; bajo este aspecto, será necesario que tengan lugar dicha muerte y el cumplimiento de la condición impuesta, para que el derecho del instituido y del legatario nazca. Pero aun podemos llegar más allá: si suponemos que, el derecho del heredero ó del legatario tiene su origen en el testamento bajo el que falleció el testador, y que si bien la constitución de ese derecho se significa é inicia en aquella última voluntad, viéndose en ella su primer elemento legal, sin que se complete su generación hasta la muerte del testador, segundo é indispensable elemento de ese derecho, que no sale á luz hasta que expira su causante, podremos añadir el derecho nació ya, pero no puede ejercitarse hasta que se cumpla la condición impuesta, por lo cual es indispensable poner los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice. Y en ese caso, que es el del articulo que ahora comentamos y que parece el más razonable y justo, porque parte del supuesto que incontrovertible aparece, es decir, de que en las instituciones y en los legados condicionales, hay un elemento más que en las instituciones simples, puras ó incondicionales, el de la condición, ocurre la dificultad siguiente: todo el que adquiere derechos y bienes por la sucesión, tiene que pagar á la Hacienda ciertos derechos dentro de términos que prefijados están en las leyes; si esos bienes quedan en administración por efecto de la condición suspensiva, para más largo tiempo del en que debe abonarse al Tesoro público el impuesto sobre transmisión de bienes y derechos reales, ¿quién pagará ese impuesto? ¿el instituido ó legatario, de cuyos bienes no dispone, por más que en ellos se les reconocerá un derecho indisputable el dia que la condición se cumpla? ¿ó la administración? Puntos son estos importantisimos; que ha de decidirlos cada cual según se resuelva á sostener como más acertado á derecho el art. 799 ó el 801 de nuestro Código; pero como ambos preceptos son obligatorios de aqui el conflicto. El pago á la Hacienda debe hacerlo el instituido y el legatario cuando adquiere derechos, pero si alguien retiene los bienes ó cosas, debida ó indebidamente, que objeto son de su derecho el administrador, ó el que le retenga debe ser el que abone al Estado lo que por la transmisión de aquellos derechos debe percibir. ¿Y si la condición no es posible cumplirla? Se tendrá por no puesta, porque lo materialmente imposible de ejecutarse no es posible legalmente efectuarlo. ¿Y si pudiendo cumplirla, la condición no se cumple, perderá el instituido ó el legatario, los bienes á que la institución y el legado se refieren, en favor de los herederos legitimos del testador? Tal creemos.

Nos queda otro extremo de este articulo que resolver, extremo que pudiera haberse consignado en el articulo anterior. Es decir, qne también se pondrán

en administroción los bienes de la herencia, cuando el heredero ó el legatario no presten la fianza de cumplir ó de asegurar el cumplimiento de las condiciones negativas á que se refiere el art. 800 de éste Código.

Aquí viene á demostrarse el poco método que para tratar ciertos asuntos observa nuestro Código; y que en esta sección 4.ª y en la 3.ª hay cierta confusión, efecto sin duda de que la sustitución, como ciertas condiciones, pugna con el espíritu de la época en que vivimos, y con los principios que dominan en la mayoría de los Códigos modernos sobre sucesiones.

En el art. 888 del Proyecto de 1882, se proponían algunos preceptos análogos; como no cabe duda que analogías se encuentran en los arts. 917 del Código de Uruguay, 1078 del de Chile, 1822 del de Portugal, 857 del de Italia, siendo éste igual enteramente al nuestro en lo esencial.

El Precepto del artículo citado de Uruguay, mas consecuente que el nuestro, no tiene más que una prescripción sobre este particular; y en ella se previene que: *las disposiciones testamentarias bajo condición suspensiva, no confieren al heredero ó legatario derecho alguno, mientras no se cumpla la condición, salvo el caso de implorar las providencias conservatorias necesarias: si el heredero ó legatario muere antes de cumplirse la condición, no trasmite derecho; cumplida la condición, no tendrá derecho á los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiera concedido expresamente*; esto mismo sostienen los Códigos de Chile y de Sajónia, mientras que el art. 1822 del Código de Portugal ya citado, no sólo ordena en tales casos la administración, sino que ésta la concede al coheredero testamentario incondicional, si entre éste y el condicional pudiera darse el derecho de acrecer.

Los arts. 3391 y 3395 del Codigo de México, 3254 y 3258 del Código de la Baja California, y 3391 y 3395 del de Campeche, se ocupan de este mismo asunto, pero dejando la administración de los bienes al albacea, si bien en los primeros artículos citados de dichos Códigos, que ya antes indicamos, se expresa lo mismo que en el art. 799 del nuestro, en los últimos no se ve la claridad que en el de Uruguay y en el de Portugal.

Art. 802. La administración de que habla el artículo precedente se confiará al heredero ó herederos instituidos sin condición, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer. Lo mismo se entenderá respecto de los legatarios.

Al tratar del artículo anterior, hemos dicho que el art. 1822 del Código de Portugal, no sólo se ocupaba de lo que nuestro Código en el art. 801 se ocupa con relación á la necesidad de que los bienes herenciales sean constituidos en administración hasta que la condición se cumpla, sino que ordena también que la administración se encargue al heredero testamentario incondicional si

entre ambos pudiera darse el derecho de acrecer. De manera que nuestro Código viene á establecer esta norma ó regla de acción que el Portugués sentaba como consecuencia de prefijarse la administración de los bienes objeto de herencia ó legado sometidos á condición suspensiva en un artículo completamente independiente de aquel en que tal administración se decretó. Y hecho en una forma ó en otra, es lo cierto que impuesta la administración en casos de tal índole, nadie está más llamado á encargarse de ella que aquel coheredero incondicional que derecho tenga á acrecer; ó la persona que bajo cualquier concepto esté llamada á suceder por testamento ó abintestato en los bienes indicados para el caso de que la condición no se cumpliera.

El art. 889 del Proyecto de Código de 1882, proponía preceptos análogos, y concordancias encontramos en el último apartado del art. 1822, anteriormente citado, y en el de 1823 del Código de Portugal, tratándose en este último del caso en que no teniendo el heredero *sub conditione* coherederos, ó no pudiendo estos encargarse de la administración, deberá tomarla á su cargo el presunto heredero legítimo, según anteriormente indicamos; á no ser que se opusiese á ello con motivo justo, el heredero *sub conditione*.

El art. 858 del Código de Italia, previene también que la administración de los bienes á que nos estamos refiriendo, se confíe al heredero ó coheredero instituido sin condición, cuando entre estos y el heredero condicional pueda tener lugar el derecho de acrecer; mas luego, el art. 859 del mismo Código, preceptúa que si el heredero condicional no tuviese coherederos, ó entre estos y el primero no pudiera realizarse el derecho de acrecer, se confiará la administración al presunto heredero legítimo del testador, á no ser que por justos motivos la autoridad judicial crea conveniente proceder de otra manera. Y esto mismo, que es lo que anteriormente hemos expuesto como opinión nuestra, es lo que debía suceder para que la administración sea bien dirigida, y lo que debe observarse con relación á los legados.

Art. 803. Si el heredero condicional no tuviere coherederos, ó teniéndolos no existiere entre ellos derecho de acrecer; entrará aquél en la administracion, dando fianza.

Si no la diere, se conferirá la administracion al heredero presunto, también bajo fianza; y, si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero.

Los preceptos que entraña este artículo vienen á demostrar de un modo claro la necesidad de efectuar cuanto nosotros habíamos indicado al tratar de los artículos anteriores, y esto que aquí prescribe nuestro Código, prescrito

está también en los artículos de Italia y Portugal anteriormente citados; si bien aquí vemos explicado de un modo racional y muy lógico el orden que ha de seguirse en la administración de tales bienes, pues no teniendo el heredero condicional coherederos, ó si entre los que tuviere no existiese derecho de acrecer, la prescripción del artículo que ahora comentamos, faculta al mismo heredero condicional para entrar en la administración de los bienes á su favor instituídos si prestare la fianza suficiente para responder de su buena administración; sino prestare dicha fianza entra en segundo lugar á encargarse de la administración, también bajo fianza, el presunto heredero legítimo; y si, ni uno ni otro prestásen esa fianza exigida, los Tribunales, en tercero y último término, nombrarán la persona que se haga cargo de aquella administración, tambien bajo fianza, interviniendo el heredero en la prestación de esta. De manera que aquí se vá buscando un medio equitativo de que los interesados en los bienes hereditarios puedan conservar dichos bienes herenciales en calidad de administradores, aunque se les exija naturalmente las garantías necesarias para la buena gestión de su cargo, y cuando esto no sea posible conseguirlo entre la familia del causa habiente, la Ley faculta á los Tribunales para que puedan confiar esa administración á tercera persona de su confianza que asimismo preste la garantía suficiente para la buena gestión de aquélla.

También de esto se ocupó el Proyecto de Código de 1882, en su art. 890 que comprendia preceptos análogos al que nos ocupa.

Se ven analogías en los arts. 1823 del Código de Portugal, y 859 del de Italia.

Art. 804. Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente.

Sin que la situación de los ausentes pueda compararse con la del heredero instituído condicionalmente, en cuanto á los bienes, parecen estar en la misma situacion, por cuanto los unos por su ausencia ó ignorado paradero, no pueden disponer de aquello á que derecho tienen, mientras los otros tampoco pueden disponer de aquellos derechos que en su favor nacieron á la muerte del testador, mientras no se cumpla la condición, dicho se está que bajo este concepto su situación es análoga y sus administradores deben tener los mismos derechos y las mismas obligaciones que los que se previene deben tener los administradores de los bienes de un ausente: es decir, que así como el artículo 182 de este mismo Código dispone que el Juez acordará las diligencias necesarias para asegurar los bienes é intereses del ausente, y señalará las facultades, obligaciones y remuneración de dicho administrador según las circunstancias del caso; los administradores que se nombren cuando necesario fuese en caso de institución ó legado bajo condición suspensiva; deberán nombrarse de la misma manera por el Juez, quien les señalará las facultades, obli-

gaciones y remuneración, regulándose, según las circunstancias, por lo que dispuesto está respecto de los tutores: y con tal motivo, relación necesariamente ha de tener el artículo que ahora nos ocupa con los arts. 187 al 190 de este mismo Código; y que así como la administración por causa de ausencia cesa cuando comparece el ausente, de la misma manera la administración por motivo de un heredamiento ó legado bajo condición suspensiva, debe desaparecer y desaparece cuando esa condición se cumple.

El Proyecto de 1882, en su art. 891, proponía preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 861 del Código de Italia, y 1825 del de Portugal; si bien en estos se usa aún la palabra *curadores* que en nuestro Código se destierra, no quedando más que el tutor y el protutor.

Art. 805. Será válida la designación de día ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado.

En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, ó cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Más en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sinó después de prestar canción suficiente, con intervención del instituído.

Admitida la facultad de instituir heredero ó legar á término, desde ó hasta cierto día, no puede menos de considerarse válida la designación de día ó tiempo en que haya de empezar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado: mas, tanto hasta el día en que haya de comenzar el efecto de esa institución ó de ese legado, como desde la hora en que haya de cesar, el sucesor legítimo será el que se incaute de aquellos bienes; si bien cuando lo haga antes de comenzar el plazo, se entenderá que lo hace interinamente para entregar esos bienes al heredero ó al legatario el día en que ha de comenzar á tener efecto, en cuyo caso deberá prestar fianza ó caución de cumplir el deber de transferir dichos bienes al heredero ó legatario; mientras que si el sucesor legítimo se encarga de los bienes desde que cesó el heredero ó legatario hasta cierto día, entra ya de lleno en la posesión de aquellos bienes, suponiéndose siempre que no hay otros de mejor derecho.

El art. 892 del Proyecto de Código de 1882 propuso preceptos análogos, y si bien en el derecho romano no se admitían las instituciones *in diem* ó *ex diœ*, tienen su fundamento en nuestro derecho en la Ley 1.ª, tít. 18, lib. 7.º de la Novísima Recopilación, que admitía las instituciones *in diem* ó *ex diœ*, y en relación está con los arts. 912, 931, 935, 939, 946 á 967 y 1054 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 816 al 819 del Código de Guatemala, 916 del de

Uruguay, 1080, 1084 y 1085 del Código de Chile, 1138 del de Colombia, 1849 del Código de Portugal, 851 del Código de Italia, en el que se considera como no escrito, en una disposición á título universal, el dia desde que ha de empezar ó cesar esta disposición, lo cual indica que lejos de concordar disiente de una manera bien clara con lo en nuestro Código determinado, hallándose perfectamente de acuerdo el referido Código de Italia con lo que prescriben los artículos 3382 del Código de México, 3245 del Código de la Baja California y el 3382 del de Campeche, cuyos cuatro Códigos, repetimos, contrarian de modo bien palmario el precepto del artículo 805, que de nuestro Código comentamos.

SECCIÓN QUINTA

DE LAS LEGÍTIMAS

Art. 806. Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

Si consecuencia debe haber en nuestros trabajos, respecto de la cuestión de las legítimas, hemos de mostrarnos una vez más refractarios á ellas, pues no es ésta necesaria para la conservación de la familia, ni mucho menos para llenar el fin moral que en la sociedad deba tener.

En la antigüedad no se conocian las legítimas, por más que algunos supongan lo contrario, pues bien clara está la ley de las doce tablas *uti legassit super familia*, etc., en la que, con concisión sin igual y con una extraordinaria energía, se sancionaba la facultad de los padres de familia para disponer como quisieren de sus bienes; así lo veniamos sosteniendo en uno de nuestros opúsculos sobre la libertad de testar, en el que se demostraba claramente que ninguno de aquellos venerables pueblos de la antigüedad, ni el Hebreo, ni el Fenicio, ni el Cartaginés, ni el Romano, dieron muestra del sostenimiento de las legítimas: y en el pueblo Griego, en que en tiempo de Platón se privó al padre de la facultad de testar, más bien como medida política y por el temor que inspiraba el sostenimiento del poder absoluto del padre dentro de la familia al poder social que veia aminorada su potestad en la paternal, pudo sostenerse poco tiempo tal contrariedad á la libertad del hombre y á la libertad de la propiedad, pues, comprendiendo perfectamente aquel pueblo pensador lo injusto de la limitación impuesta al padre en sus facultades, devolvió aquella libertad de testar al Jefe de familia en tiempo de Solón.

Pero no es del caso extendernos en otras consideraciones sobre las legítimas y la razón de su existencia, mucho menos si se recuerda lo que el célebre

Paulo decia de las mismas; pues conceptuaba tan conocido jurisconsulto que no era extraño pudiese desheredar á sus hijos el padre que tenía sobre sus hijos el derecho de vida y muerte; y así vino á consignarse en la Ley 11, tit. 2.°, libro 28 del Digesto, *Nec obstat, quod licet eos, exheredare quod et occidere licebat*. Sin embargo, sea por el excesivo abuso que los testadores hicieran de tal libertad, sea porque el poder del Estado viese sustentarse demasiado fuerte otro poder cual era el paternal, frente á su potestad, sea porque conceptuase que los hijos tenían un verdadero condominio en los bienes del padre, se empezó en Roma por introducir la reserva de la cuarta falcidia y siguiendo tal ejemplo se estableció la legítima, que vió sus primeros albores cuando al tratarse en el mismo Digesto del testamento inoficioso, hizo indicaciones de la cuarta como legítima de los hijos; mas dejando aparte lo que en Roma sucediera, los motivos que allí tuviesen para en el derecho moderno de aquel pueblo introducir la legítima, y limitándonos á nuestro derecho patrio, hemos de recordar que sostenida la más absoluta libertad de testar, en los primeros tiempos de nuestra patria vino á publicarse la Ley 1.ª, tit. 5.°, libro 4.° del Fuero Juzgo, en la que ya nacieron las legítimas como medio de corregir abusos cometidos por los padres, que perjudicaban á los hijos con el ejercicio excesivo de aquella libertad de testar.

Viene luego el Fuero Real en su Ley 10, tit. 5.°, lib. 3.°, preceptuando que ningún hombre que tuviere hijos ó nietos ó quien forzosamente deba heredarle, pueda disponer libremente, para después de su muerte, de más de la quinta parte de sus bienes; y la Ley 7.ª del tit. 12 del mismo libro del Fuero Juzgo, prohibe y anula cuanto se legare ó dejare libremente en mayor cantidad de ese quinto.

Determina el modo de deducir ese quinto el libro del Estilo; y luego las Leyes de Toro y las de Partida (Ley 17, tit. 1.°, Part. 6.ª), vienen tratando de las legítimas como cosa ya que se generalizó en el derecho común de nuestra patria y de las cuales sólo pudieron sustraerse algunas de las regiones aforadas.

No hemos de determinar aquí la cantidad que cada una de las Leyes anteriormente indicadas, como la Novísima Recopilación, reconocían como verdadera legítima; no hemos tampoco de hacer un juicio crítico de las legítimas, pues sobre llenar bastantes páginas que necesarias son para exponer la doctrina sustentada por el Código, habríamos de empezar sosteniendo un palenque contra los principios sustentados por el legislador en la obra que comentamos, y esto, á la verdad, no es la labor del comentarista.

Define de cierta manera el art. 806 que comentamos la legítima, diciendo que es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley á determinados herederos llamados por esto herederos forzosos; y después se ocupa en el artículo siguiente de tales herederos forzosos: mas antes de pasar á tratar de éstos hemos de manifestar que legítima es

la porción de que no puede disponer el testador libremente por haberle impuesto la ley su reserva para los herederos forzosos, sobre lo cual encontramos precedentes no sólo en la Ley 36, párrafo 2.°, tit. 28, lib. 3.° del Código Romano, sino en las Leyes 17, tit. 1.°, y 7, tit. 11 de la Part. 6.ª: y en cuanto á los hijos naturales, veiamos también tales precedentes con relación á la madre solamente en la Ley 5.ª, tit. 20. lib. 10 de la Novis. Recop.

El pro y el contra de las legitimas nos daria lugar á escribir un libro. Consecuencia la testamentifacción del derecho de propiedad, el testador no ha de ver mermadas sus facultades para disponer de sus bienes en testamento con la misma libertad que las leyes le permiten disponer de su fortuna por otros medios.

Dada la libertad de la propiedad, no es lógico imponerle limitaciones, pues no se concibe limitación sin menoscabo de aquel derecho, ni obra como verdadero propietario de todos sus bienes el que en cierta parte de éstos tiene que reconocer un condominio. Además, el no admitir un derecho con todas sus consecuencias es conculcar ese derecho; por eso digimos en otra ocasión *si nos negais la libertad de testar, nos llevareis al absurdo de negar el derecho de propiedad*; y á esto vendriamos á parar si después de declarar al padre dueño de sus bienes, le negaseis la facultad que tiene de disponer de esos mismos bienes cuyo dominio le reconoceis: seria una antinomia, implicaría la mayor de las contradicciones; es más, lejos de fomentar la constitución de la familia, creariais su destrucción, puesto que hariais de mejor condición al célibe que al padre de familia, y esto ni es justo, ni es moral, ni es equitativo; pues sobre establecer una desigualdad que premia el egoismo del hombre que no forma una familia, que no llena ese deber social, da lugar á discutir si los consuelos de la paternidad son la suficiente compensación de las inquietudes mil que la educación de los hijos impone; y si en esa liquidación de familia, siempre repugnante queda aún tanto en beneficio del padre, que preciso es que la ley venga á crear cargas y restricciones como las de las legitimas para amparar esos pretendidos derechos de los hijos en los bienes de sus padres, cuando ya obtuvieron la correspondiente crianza y educación.

Mas algunos suponen que la ley al sostener la legitima, no hace otra cosa que adelantarse á los deberes de un padre, y elevar á precepto escrito, el sentimiento que más impulsa su corazón; pero si ese sentimiento inclina al hombre al cumplimiento de su deber moral, no es necesario para ello la autoridad material del precepto, porque si el deber que el padre tiene en procurar la felicidad y el bienestar de su hijo, lo impone la naturaleza, no puede ni debe regularlo la ley, pues la paternidad se cumple por cariño, por sentimiento; y cuantas reglas se le impongan sólo sirven para atacar el amor propio y aminorar las satisfacciones del bien obrar, lastimando á los hombres honrados la imposición del cumplimiento de lo que expontáneamente cumplirian por verdadero afecto.

Además, hoy que las ideas de la emancipación y de la más exagerada independencia se han extendido tanto, es indispensable subvenir á las necesidades de apoyar la autoridad del padre, no perjudicando su independencia por satisfacer la de los hijos, de tal manera, que estos midan el capital de los que les dieron el ser, para calcular su modo de obrar, y echar cuentas de lo que han de contar el dia del fallecimiento de aquellos séres á quienes debe su existencia, y que para ellos debieran ser tan queridos; y la libertad de testar proporciona elementos, medios ciertos de aumentar su autoridad, sin comprometer la suerte de sus hijos, medios que estimulan á los hijos para que viendo facil la recompensa, albergando una esperanza de la compensación de sus buenos oficios, estos se aumenten, estos crezcan, y sin que éntre para nada en su mente la funesta idea del mal, por convencimiento, prodigan su cariño á porfia los hijos á los padres; y aquella libertad mata la indiferencia, que dá la seguridad de que cualquiera que sea su modo de obrar, no ha de faltarles una cantidad fija para subvenir á sus necesidades, debido no á su trabajo ni á sus méritos, sino á un precepto legal. Y no se diga que esto se evita con las mejoras, que esto se remedia con las desheredaciones, pues ni los buenos padres tienen necesidad de esas mejoras, ni les satisface el acudir á la desheredación que siempre difama. Las legitimas obligan á los padres á efectuar lo que naturalmente y por los impulsos de su corazón habrian de realizar, con el goce y satisfacción que en sí lleva consigo toda acción benéfica cuando se ejecuta en completa libertad; las legitimas matan la libertad de la propiedad y la libertad de acción, contribuyendo en gran manera á que los padres que no quieran someterse á tan vejatoria prueba, reduzcan á metálico el caudal de sus bienes, simulen una pérdida desgraciada, y entreguen á aquel de sus hijos que más le plazca, el importe de la fortuna. A ésto y más dá lugar el pretender sujetar la voluntad del hombre, y el contrarestar las leyes de la naturaleza.

Contra económico es también el principio de la legitima, porque una familia que con 20.000 duros vive con el mayor desahogo, manteniendo unida la casa y trabajando en conjunto todos los que la constituyen; con las legitimas, sobre dividir extremadamente el capital, hasta el punto de que cada una de sus porciones de nada sirve para producir, ocasiona gastos extraordinarios y pleitos sin cuento, en los que se disipa la mayor parte de la herencia; de modo que esos 20.000 duros que, conservados en común, y dirigidos por aquel de los hijos más capaz para fomentar la riqueza, darian lo suficiente para vivir todos los hermanos, dividido entre estos, se reduce á la nada, y sólo sirve de botin á manos usurarias.

Por otra parte, se observa que en los pueblos donde más incolume se mantiene la libertad de testar, hay más moralidad, es más elevado el sentimiento de familia, es más severa y dulce la autoridad paternal, y menos precaria la suerte de los hijos. Por eso el régimen patriarcal de Aragón y Cataluña es cita-

do como modelo con merecido elógio; y los hábitos de sumisión, respeto y obediencia de los hijos, como la paz y buen orden de las familias, son marcadamente superiores en estas regiones que en otra alguna.

Además, si las legítimas se fundan en el condominio que los hijos puedan tener con sus padres en los bienes de éstos, es una contradicción palmaria que se pague cosa alguna en las herencias directas, porque si existe condominio no hay transmisión, y no habiendo transmisión de derechos reales no puede haber impuesto sobre lo que no existe; así es que, si tenemos legítimas, la tributación por transmisión es injusta, puesto que la idea de legítima implica condominio y no transferencia; y si se sostienen los impuestos sobre herencias directas, deben éstas ser, no obligadas, sino hijas de la más libérrima voluntad del testador.

Y no se nos diga, que la limitación de la libertad de testar fué el primer paso de la ciencia para llevarnos del último grado del atraso al primer peldaño de la cultura; no, pues si bien es exacto que la civilización modifica las costumbres; éstas no son más que formas más ó menos adecuadas al refinamiento porque el hombre pasa, pero esas formas no alteran los principios que tienen por base la naturaleza de las cosas, y así como sería contrario á esa naturaleza el establecer que habiendo hijos legítimos, dejásemos nuestros bienes al primer advenedizo que, con falso cariño, quisiera emponzoñar el cariño familiar, que es el primer cariño esencial, de la misma manera sería y es un absurdo, legislar para dentro de la familia, cuando el primer legislador de ella debe ser su jefe. Para la sociedad, legislan los cuerpos colegisladores; para la sociedad, el poder moderador es el jefe del Estado. Para el interior de la familia, para el santuario del hogar doméstico el primer legislador y el primer poder moderador es su jefe. Ahora bien, así como el individuo es omnímodo, en su libertad, es grande en su acción, hasta que penetra en la esfera de acción de otro individuo y no mira que su libertad tiene el límite racional de la libertad de cada uno de sus conciudadanos; así el poder social no puede menos de interponer su veto, cuando el jefe de familia vá más allá del círculo de ésta, y bastardea la libertad en perjuicio de los intereses sociales.

Deploramos no poder extendernos más sobre este asunto, pero la índole de esta obra nos lo veda, porque si al comentar un Código hubiera de expresarse cuanto decirse puede sobre materias tan transcendentales y dignas de ocupar la atención de los jurisconsultos, las obras se harían interminables, difusas, y lejos de ver en el comentario la aclaración de lo que oscuro se presente, ó la aplicación sencilla de los preceptos que cada uno de los artículos entraña, veríamos verdaderos alardes de fantasía que allá en su númen ningún jurisconsulto ha de vaciar la agena.

Nuestro Código, atemperándose à lo expuesto en la base 16 de la ley de 11 de Mayo de 1888, reforma en parte, algo medrosamente por cierto, nuestra an-

tigua legislación, separándose algún tanto de la legislación castellana, sin entrar de lleno en la legislación foral que mantiene la libertad de testar, contrayendo sus reformas á tres puntos esenciales, después de sentar como necesarias y existentes las legítimas: 1.° Cuotas de las legítimas. 2.° Cantidad reservada para mejoras. 3.° personas llamadas á disfrutar de esas legítimas y de esas mejoras.

Pero dejemos esto para lugar oportuno, y veamos los precedentes de tal sistema restrictivo, las tendencias de los Proyectos de nuestro Código, y las concordancias que entre el art. 806 que comentamos y los preceptos de otros Códigos extranjeros se encuentran.

Los precedentes históricos de nuestro derecho los encontramos en la Ley 36, tit. 28, lib. 3.° del Código Romano, en algunas leyes del Digesto, en que ya hemos dicho que al tratar del inoficioso testamento, designaban la cuarta parte como legítima (Ley 8.ª entre otras); en la Novela 18 de Justiniano, en la que para regular el importe de la legítima se tenía siempre en cuenta el número de hijos, señalando como tal legítima la tercera parte de los bienes del padre, si había cuatro ó menos hijos, y la mitad si eran cinco ó más hijos; y en las Leyes 17, tit. 1.°, 7, tit. 11, Part. 6.ª, la Ley 28 de Toro, y la Ley 1.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

El Proyecto de 1851 en su art. 640, daba ante todo la definición de herederos forzosos, y el Proyecto de 1882 en su art. 791, propuso preceptos tan semejantes á los que hoy sustenta el artículo que comentamos que parecen copiados uno de otro.

Concuerda con el art. 762 del Código de Austria, 960 del Código de Holanda, 1181 del de Chile, 808 del de Italia, 846 del de Uruguay, 1239 del de Colombia, 2564 del de Sajonia, 1784 del de Portugal, 3591 del Código de la República Argentina, 3460 del Código de México, y 3460 del Código de Campeche, debiendo hacer presente que estos dos últimos, perfectamente de acuerdo en todo, determinan que legítima es la porción de bienes destinada por la ley para los parientes en línea recta, ascendientes ó descendientes, que por esta razón se llaman forzosos: mientras que el Código de la Baja California, que en la mayor parte de las teorías sustentadas por los otros dos anteriores códigos está enteramente conforme con ellos, difiere tanto de los mismos sobre este particular, que niega en absoluto la legítima; tanto es así que en su art. 3323 preceptúa que toda persona tiene derecho de disponer libremente de sus bienes por testamento, á título de herencia ó legado: y luego en su art. 3324 dice que: *Este derecho no está limitado sino por la obligación de dejar alimentos á los descendientes, al cónyuge superstite y á los ascendientes, conforme á las reglas siguientes:*

1.° *A los descendientes varones menores de veinticinco años;*

2.° *A los descendientes varones que estén impedidos de trabajar, y á las*

mujeres que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aunque fueren mayores de veinticinco años;

3.° *Al cónyuge superstite siempre que siendo varón esté impedido de trabajar, ó que siendo mujer, permanezca viuda y viva honestamente;*

Y 4.° A los ascendientes.

El Código de la República Argentina, por el contrario, admite la legítima, y en su art. 3591 la define diciendo que *es un derecho de sucesión limitada á determinada porción de la herencia y que la capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna á sus herederos.*

El Código de Guatemala trata de los herederos forzosos en los arts. 752 al 758, y de las mejoras en los arts. 839 al 846, pero no define como el nuestro las legítimas. En el de Italia trátase de las legítimas en sección aparte, y el artículo 808 antes citado, viene definiéndonos la legítima diciendo que *es una cuota de la herencia que se debe á los hijos, descendientes ó ascendientes, sin que el testador pueda imponerles ninguna carga ó condición*: mientras que el Código de Uruguay en el artículo antes citado, expresa que *se llama legítima la parte de bienes que la ley asigna á cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador, y de que éste no puede privarles sin causa justa y probada de desheredación,* llamando legitimarios ó forzosos á los herederos que tienen esta legítima; mientras que el Código de Portugal en su art. 1784, dice que *la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer, por ser aplicada, según ley, á los herederos en línea recta, ascendiente ó descendiente*; consistiendo esa porción en dos terceras partes de los bienes del testador, salvo lo que dispone el art. 1787 del mismo Código.

Los Códigos Francés y Belga también dedican capítulo á parte para tratar de esta materia, y después de ocuparse de ella los arts. 913 al 918 de uno y otro Código, el art. 919 sin definir de un modo claro la legítima previene que la porción ó cueta disponible podrá darse en todo ó en parte, sea por donación entre vivos ó por testamento á los hijos ú otras personas capaces de heredar al donante sin estar sujeta á colación por el donatario ó legatario llamado á la herencia, con tal que la disposición se haya hecho expresamente á título de mejora ó con dispensa de traerlo á colación.

El Código de Veracruz-Llave también trata, en sección aparte, de los herederos forzosos, y llama legítima á la porción para ellos reservada en su art. 954, porción de la que no puede privarse sin justa y probada causa de desheredación á aquellos á quienes la ley se la reserva.

De manera, que si fuéramos examinando todos los Códigos extranjeros modernos, veríamos la mayor diversidad de pareceres en los distintos países donde la legítima se admite, y nos convenceríamos también de que en algunos no

existe, y en otros es puramente ilusoria. Nosotros, conformes estamos con lo que determinan el Fuero de Aragón y el Código de la Baja California sobre este particular, y aunque comprendemos que se sostenga como medio de que el padre y el hijo al morir atiendan á su alimentación respectiva y primeras necesidades, no podemos menos de insistir en mostrarnos contrarios á la legítima como derecho á la porción de bienes de que su dueño no pueda disponer para después de la muerte por haberla reservado la ley á determinados herederos llamados forzosos.

Art. 807. Son herederos forzosos:

1.° Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.

2.° A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos.

3.° El viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre ó madre de éstos, en la forma y medida que establecen los arts. 834, 835, 836, 837, 840, 841, 842 y 846.

Poco podremos decir acerca de este articulo, por cuanto en él se declaran herederos forzosos aquellos que la ley designa como tales; y ante este precepto que llamarse pudiera clasificador, el ciudadano de la Nación para que se da ley de tal naturaleza, no puede hacer otra cosa que cumplirla, mucho más cuando es tan clara, expresiva y detallada, como la prescripción contenida en este art. 807; por eso huelga todo comentario, y de no repetir lo que el texto expresa, debiéramos terminar aqui si no fuera porque para cumplir el deber que nos hemos impuesto de concordar nuestro Código con los extranjeros, fuerza es decir algo sobre éstos, después de indicar que el Proyecto de 1851, en su articulo 641, y el Proyecto de 1882, en su art. 792, propusieron preceptos análogos, si bien no consignaban el apartado tercero que se lee en el articulo que al presente nos ocupa; prescripción, la de dicho apartado, que no en todos los Códigos extranjeros se encuentra, y como nueva ha venido también á introducirse en nuestra patria.

El Código de la República Argentina, en su art. 3592, viene á preceptuar que tienen una porción legitima todos los llamados á la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capitulos del titulo 9.°, libro 4.°, sección 1.ª de aquel Código; y el Código de Uruguay, en su art. 847, prefija que tienen derecho á la legitima.

1.° *Los hijos legitimos personalmente ó representados por sus descendientes legitimos.*

2.° *Los ascendientes legitimos.*

3.° *Los hijos naturales personalmente ó representados por su descendencia legítima.*

Lo mismo se preceptúa en el art. 1182 del Código de Chile y 809 del Código de Italia, en cuanto al reconocimiento de los ascendientes, descendientes legítimos é hijos naturales como herederos forzosos, dejando en libertad al testador para disponer de sus bienes á título universal ó particular cuando no deje descendientes ó ascendientes *superstites*.

Francia, Portugal, Baviera, Vaud, Austria, Guatemala y Bélgica, reconocen como únicos herederos forzosos á los descendientes y ascendientes legítimos, lo cual viene á deducirse claramente de la lectura de los arts. 913 y 915 de los Códigos Francés y Belga; 1784, 1786 y 1787 del Portugués, y 799 y 800 del Código de Guatemala; siendo diversos los que en los Códigos de Baviera, Vaud y Austria tratan de este particular; si bien es de notar que el Código de Portugal, en su art. 1785, reconoce también como herederos forzosos á los hijos adoptivos bajo las reglas siguientes:

1.ª *Si los hijos adoptivos lo eran al tiempo en que el testador contrajo matrimonio del que vino á tener hijos legítimos, la porción de aquéllos será igual á la legítima de éstos, menos un tercio.*

2.ª *Si la adopción se verificase después de haber contraído matrimonio, su porción no excederá á la legítima de los otros.*

Debe también hacerse notar que el Código de Italia en su art. 812, como el de Chile en su art. 1172, determinan que el cónyuge contra quien no exista sentencia de separación personal, pasada en autoridad de cosa juzgada, tendrá derecho sobre la herencia del otro cónyuge, cuando éste deje hijos legítimos ó descendientes de éstos, al usufructo de una porción igual á la que corresponda á cada hijo á título de legítima, comprendiendo también al esposo en el número de los hijos.

El Código de México en su art. 3477, previene que concurriendo ascendientes de ulterior grado con hijos naturales y espurios, la legítima y su participación será de las que establece el art. 3466, y los ascendientes solo tendrán derecho á alimentos que se sacarán del tercio libre; es decir, que concurriendo hijos naturales con espurios, consistirá la legítima de todos en dos tercios de los bienes, pero al practicarse la división se deducirá de la parte que corresponda á los espurios una mitad, que acrecerá á la porción divisible entre los naturales, y no al tercio de libre disposición; preceptuando lo mismo que estos dos arts. 3477 y 3466 del Código de México, iguales artículos del Código de Campeche, que consignados se ven bajo el capítulo que trata de la legítima y de los testamentos inoficiosos; mas el Código de la Baja California, que como hemos dicho antes no admite la legítima según prescripción terminante de su art. 3323, viene á exponer análogos preceptos á los que acabamos de citar en sus arts 3607, 3598 y 3602, pero debe advertirse que en la Baja California

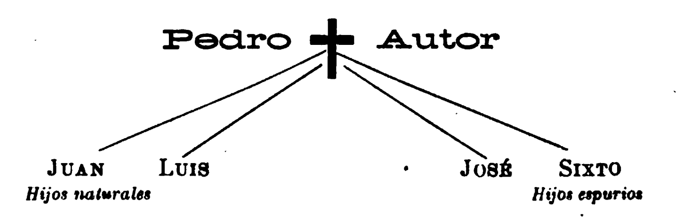


tales prescripciones van incluidas bajo el capítulo tercero de la sucesión de los descendientes ó sea en la sucesión intestada, á pesar de lo cual, consignamos á continuación algunos de los artículos de dicho Código de la Baja California para que nuestros lectores vean cuánto se facilita en aquel país la inteligencia de sus preceptos.

Art. 3597. Concurriendo descendientes legítimos con espurios, éstos sólo tendrán derecho á alimentos que en ningún caso podrán exceder de la cuota que les correspondería si fueran naturales.

Art. 3598. Concurriendo descendientes naturales con espurios, la división se hará deduciendo de la parte que corresponda á éstos, una mitad que acrecerá á la porción divisible entre los naturales.

EJEMPLO



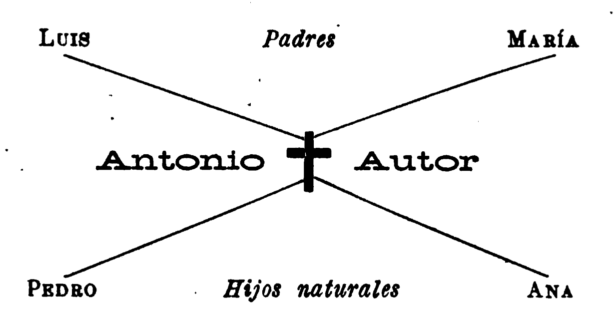
Pedro muere dejando un capital de. . . . . y cuatro hijos: dos naturales, Juan y Luis y dos espurios, José y Sixto.		$ 8.000 00
La división se hará ficticiamente entre los cuatro hijos y tocará á cada uno $ 2,000; pero deduciendo una mitad á cada uno de los espurios recibirán entrambos.	$ 2.000 00	
Agregando los $ 2.000, deducidos á los espurios á la porción divisible entre los naturales, recibirán entrambos.	» 6.000 00	
Igual.	$ 8.000 00	$ 8.000 00

Art. 3599. Concurriendo descendientes legítimos con naturales y espurios, la división se hará entre los legítimos y los naturales en los términos que previene el art. 3596, y los espurios sólo tendrán derecho á alimentos conforme al art. 3597.

Art. 3600. Concurriendo hijos legítimos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho á alimentos, que en ningún caso podrán exceder de la porción de uno de los hijos.

Art. 3601. Concurriendo hijos naturales con ascendientes del primer grado, la división se hará por partes iguales, considerando á los ascendientes, cuando fueran varios, como una sola persona.

EJEMPLO

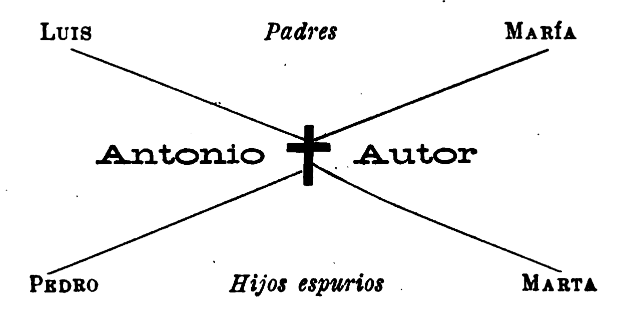


Antonio, autor de la herencia, muere dejando vivos, á sus padres, Luis y María, y dos hijos naturales, Pedro y Ana, y un caudal líquido de que se dividirá en esta forma:		$ 12.000 00
Porción de Pedro..	$ 4.000 00	
Porción de Ana.	» 4.000 00	
Porción de los padres Luis y María, que dividirán entre sí por partes iguales llevando cada uno $ 2,000.	» 4.000 00	
Igual.	$ 12.000 00	$ 12.000 00

Art. 3602. Concurriendo hijos naturales con ascendientes de segundo á ulterior grado, estos sólo tendrán derecho á alimentos que no podrán exceder en ningún caso, de la parte que corresponda á cada hijo.

Art. 3603. Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos espurios, la división se hará deduciendo de la porción divisible entre los hijos, una mitad, que acrecerá á la porción divisible entre los ascendientes, quienes serán considerados como una sola persona.

EJEMPLO



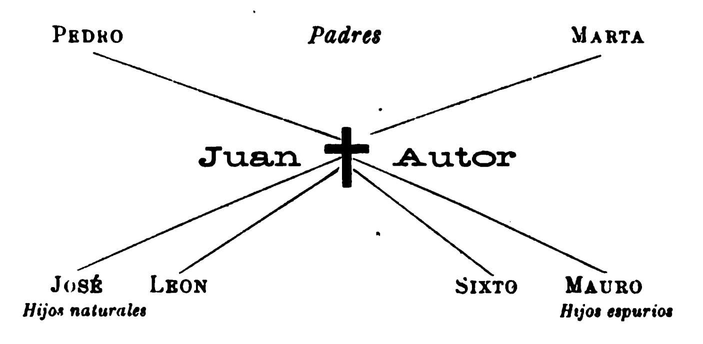
Antonio autor de la herencia, muere dejando vivos á sus padres Luis y María y dos hijos espurios, Pedro y Marta, y un caudal liquido de. . .		$ 12.000 00
que se dividirá en esta forma:		
Porción de cada uno de los hijos ($ 4,000) deducida una mitad ($ 2,000), lo que produce para entre ambos.	$ 4.000 00	
Agregados los $ 4,000 deducidos à los ($ 4,000) divisibles entre los padres, tendrán cada uno de estos $ 4,000 y entrambos $ 8,000.	» 8.000 00	
Igual.	$ 12.000	$ 12.000 00

Art. 3604. Concurriendo hijos espurios con ascendientes de segundo ó ulterior grado, la división se hará por partes iguales, considerándose los ascendientes como una sola persona.

Art. 3605. Concurriendo hijos legitimos y naturales con ascendientes de cualquier grado, se observará lo dispuesto en el art. 3596, y los ascendientes sólo tendrán derecho á alimentos conforme el art. 3600.

Art. 3606. Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos naturales y espurios, la división se hará deduciendo de la parte correspondiente á los espurios una mitad que acrecerá á la porción divisible entre los ascendientes y los hijos naturales.

EJEMPLO



Juan al morir deja vivos á sus padres Pedro y Marta, y cuatro hijos; dos naturales, José y León, y dos espurios, Sixto y Mauro, y un caudal liquido de.		$ 20.000 00
que se dividirá en esta forma:		
Porción ficticia de cada uno de los descendientes y de ambos ascendientes: $ 4.000.		
Deducida la mitad á cada uno de los espurios, quedarán éstos con $ 2,000 cada uno, recibiendo entrambos.	$ 4.000 00	

Agregando los $ 4,000 deducidos á los $ 12,000 divisibles entre ascendientes é hijos naturales, resultan $ 16,000 distribuidos en esta forma:

Porción de ambos descendientes..	» 10 666 66	
Porción de ambos ascendientes.	» 5.333 34	
Igual. . . .	$ 20.000 00	$ 20.000 00

Art. 808. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora á sus hijos y descendientes legítimos.

La tercera parte restante será de libre disposición.

Tratáse ya en este artículo de las cuotas en que han de consistir las legítimas, y se observa por las prescripciones del mismo que de los cuatro quintos que designaba nuestro antiguo derecho común como legítima han venido á reducirse á dos tercios cuando se trata de hijos y descendientes; así se ve claramente consignado en el primer apartado del artículo que comentamos, pero luego en su párrafo segundo, se dá facultad al padre para que disponga de una de aquellas dos terceras partes que se llaman legítimas en favor de cualquiera de sus hijos ó descendientes, aplicándola en tal concepto como mejora; de manera que la verdadera legítima viene reducida, si los padres quieren, á una tercera parte, disponiendo como libre, según el tercer apartado del mismo artículo, de la otra tercera parte; así es que si el padre deja treinta mil duros, vendrá á constituir la legítima la cantidad de 20.000 duros repartidos entre todos los hijos, á no ser que el padre quiera utilizar el derecho de deducir una de esas dos terceras partes para mejoras, en cuyo caso se reducirá la verdadera legítima á 10.000 duros, y quedarán al arbitrio del padre 20.000, de los cuales 10.000 los dedicará á mejoras, y de los otros 10.000 dispondrá á su libre voluntad, aun fuera de la familia, según se deduce del tercer párrafo del artículo que comentamos.

No estamos conformes como hemos repetido, en el sostenimiento de esas legítimas, pero mucho menos lo estamos á pesar de ser partidarios de la libertad de testar en que el padre disponga para fuera de la familia de un tercio de sus bienes; pues admitido el fundamento de no perjudicar á sus hijos como causa eficiente de las legítimas, no puede menos de rechazarse la idea de que con perjuicio gravísimo de esos hijos que se supone tienen condominio en los bienes del padre, vayan á salir de la familia bienes que según los partidarios



de las legitimas, á la familia pertenecen, y que según las leyes de la naturaleza han debido producirse antes para la familia que para los extraños.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 793, propuso preceptos idénticos al del articulo que de este Código nos ocupa; y el art. 642 del Proyecto de 1851, venía confirmando la legitima prefijada por nuestro antiguo derecho en los cuatro quintos, si bien con la salvedad de que se redujese á dos tercios cuando el descendiente fuere un sólo hijo.

Precedentes encontramos en las Leyes 8.ª tit. 4.º, lib. 34 del Digesto; 8.ª, 31 y 36, tít. 38, lib. 6.º del Código Romano, y párrafos 3.º y 6.º, tit. 18, lib. 2.º de la Instituta, en cuyos precedentes se estableció como legitima de los hijos la cuarta parte de los bienes; después la Novela 18 de Justiniano, ya digimos anteriormente que elevó la legitima al tercio para cuando los hijos no excediesen de cuatro, y á la mitad para cuando fuesen cinco ó más. En nuestra patria el Fuero Juzgo (Ley 1.ª, tit. 5.º, lib. 4.º) estableció los cuatro quintos como legitima, cuyo establecimiento fué confirmado por la Ley 10, tit. 5.º lib. 3.º del Fuero Real, que consignada también quedó en la Ley 28 de Toro, de donde pasó á la Ley 8.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novisima Recopilación, en donde se prefijaban las cuatro quintas partes, cualquiera que fuese el número de los descendientes. La Ley de Partida introdujo en nuestro derecho patrio reformas, siguiendo para ello las inspiraciones del derecho Romano, á cuyo efecto determinó en la Ley 17, tit. 1.º y 7.ª, tit. 11, Part. 6.ª, que la cuota común á las legitimas de los hijos y los padres fuese la cuarta parte de los bienes; pero realmente prevalecieron las disposiciones de la Novisima, procedentes del derecho visógodo que estableció las cuatro quintas partes.

Concordancias encontramos en varios Códigos extranjeros, en los cuales se observa la mayor variedad al tratar de este asunto; debiendo notar que en el art. 3463 del Código de México, como en el art. 3462 del de Campeche se dice que la legitima consiste en las cuatro quintas partes de los bienes si el testador sólo deja descendientes legitimos ó legitimados; en dos tercios si sólo deja hijos naturales; y en la mitad, si sólo deja hijos espurios; mientras que el Código de la Baja California, en sus arts. 3591 al 3593, preceptúa que si á la muerte de los padres quedaren sólo hijos legitimos ó legitimados, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales, sin distinción de sexo y edad y aunque procedan de distintos matrimonios: que si quedaren sólo hijos naturales ó sólo hijos espurios legalmente reconocidos ó designados, sucederán en la misma forma que los legitimos: que si sólo quedasen descendientes de ulteriores grados, la herencia se dividirá por *stirpes*; y si en alguna de éstas hubiere varios herederos, la porción que á ella corresponde se dividirá por partes iguales.

El Código de Uruguay, en su art. 849, nos dice que: *habiendo un sólo hijo legitimo ó descendencia con derecho de representarle, será la porción legitimaria, la mitad de los bienes; si hay dos hijos, las dos terceras partes; si hay*



tres ó más hijos, las tres cuartas partes. No habiendo hijos legítimos, ni descendencia con derecho á representarlos, la porción legitimaria será siempre la mitad de los bienes, que se dividirá en cuatro partes: tres de ellas para la legítima de los ascendientes legítimos, y la otra cuarta parte para la de los hijos naturales. Si faltan los hijos naturales, la mitad íntegra formará la legítima de los descendientes ó del ascendiente legítimo que hubiere. A falta de descendientes y ascendientes legítimos, la totalidad de los bienes se dividirá en cuatro partes, y una de ellas, ó sea la cuarta parte, será la porción legitimaria de los hijos naturales. Lo que reste del acervo, deducida la porción legitimaria, según lo dispuesto en los precedentes incisos, es la parte de bienes de que el testador difunto dice ha podido disponer en vida ó en muerte á favor de cualquiera, aunque sea extraño. Lo que cupiere á cada uno de los herederos forzosos en la porción legitimaria, será su legítima rigorosa.

El Código de Guatemala, en su art. 799, preceptúa que los padres y ascendientes, cuando tienen hijos ó descendientes legítimos, ó hijos ilegítimos reconocidos, solo pueden disponer libremente hasta del quinto de sus bienes, sea en favor de sus descendientes ó deudos, sea en favor de los extraños.

El Código de Veracruz-Llave, en su art. 962, atiende para fijar las legítimas al capital relicto por el testador á su fallecimiento, deducidas las deudas y cargas no impuestas en el testamento mismo.

El Código Italiano, en su art. 805, no consiente que las donaciones hechas por testamento excedan de la mitad de los bienes del testador, si al tiempo de su fallecimiento dejase hijos, cualquiera que sea el número de ellos. La otra mitad queda reservada en beneficio de los hijos, formando su porción legítima.

Los Códigos de Francia y Bélgica que coinciden generalmente en su articulado, determinan en su art. 913, que: *Las donaciones hechas por contrato entre vivos ó por testamento, no pueden exceder de la mitad de los bienes del donante si dejaren un solo hijo; de la tercera parte si deja dos, y de la cuarta parte si fueren tres ó más.*

El Código de Portugal, en su art. 1784, prefija el tanto de legítima en las dos terceras partes de los bienes del testador, á no ser que en la época de la muerte tuviere herederos ascendientes que no fuesen sus padres, en cuyo caso la legítima consistirá en la mitad de los bienes de la herencia, según el art. 1787 de dicho Código.

El Código de la República Argentina, en su art. 3593, como el del Cantón de Lucerna y el de Guatemala, señalan como legítima de los hijos legítimos, los cuatro quintos de todos los bienes existentes á la muerte del testador y de los que deben colacionarse á la masa de la herencia.

Los Códigos de Chile y de Berna señalan las tres cuartas partes; el Código

de Holanda, en su art. 960. establece como legítima la mitad de los bienes cuando se deja un solo hijo, dos tercios, si quedan dos y tres cuartos, si quedan tres ó más hijos, siguiendo en esto al Código Francés, en cuyos principios hemos visto se inspira también el Código de Uruguay y la ley de sucesiones del departamento de Sáint Galle.

Los Códigos de Austria y de Vaud, en sus arts. 573 y 765, respectivamente establecen, según ya hemos dicho lo hace el Italiano, como legítima la mitad de los bienes relictos. El Código Ruso, con las modificaciones introducidas en 1850, prohibe disponer de los bienes patrimoniales cuando el testador tiene descendientes en línea recta.

El Código de Prusia, en su art. 932, prefija como legítima una tercera parte de los bienes relictos por el testador cuando no tiene más de dos hijos, la mitad hasta cuatro hijos, y las dos terceras partes si son cinco ó más los hijos que sobrevivan á los padres.

El Código de Luisiana, clasifica también la legítima, según el número de hijos que queden á la muerte del testador, señalando una tercera parte para cuando hay un solo hijo, la mitad, si fueran dos los hijos, y las dos terceras partes desde tres en adelante.

En Friburgo se establece siempre como legítima una cuarta parte de sus bienes; y en Tesino la mitad de los bienes cuando se trata de los descendientes, debiendo tenerse en cuenta, que en varios de estos Códigos citados, y especialmente este último, esos tipos de legítima, los señalan al tratar de la sucesión intestada y como medio de que no se les perjudique á los hijos con cargas y deudas que aparecieren al hacer la partición de lo que al acervo común se llevase, colacionando lo que cada uno hubiera recibido anteriormente á la ejecución del testamento.

Art. 809. Constituyen la legítima de los padres ó ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes. De la otra mitad podrán éstos disponer libremente, salvo lo que se establece en el art. 836.

Así como en el anterior artículo se prefija la legítima de los descendientes, en este artículo 809 viene á determinarse la de los ascendientes, señalando como tal legítima la mitad del haber hereditario, como se señala también en el art. 1787 del Código de Portugal, cuando esos ascendientes que hubiesen de percibir la legítima no fuesen los padres, pues para éstos el art. 1786 de dicho Código reserva los dos tercios de la herencia.

La ley 6.ª de Toro ó sea la Ley 1.ª, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, disponía que á falta de hijos, nietos y biznietos vinieran á suceder los ascendientes en los dos tercios de la herencia de sus descendientes; y prescin-



diendo de lo que en algunas regiones aforadas hay sobre este particular, puesto que en lugar oportuno trataremos de las legitimas ante el derecho foral, hemos de contentarnos por ahora con exponer que el art. 642 del Proyecto de 1851 propuso se prefijase como legitima de ascendientes, los dos tercios de la herencia, si los que á ella tenian derecho eran dos ó más, y la mitad si fuere uno solamente.

En los varios Códigos modernos que ya hemos citado en el articulo anterior, se trata también de las partes que constituyen la legitima de los ascendientes, encontrándose en ellos la misma variedad que se nota al señalar la legitima de los descendientes á que se refiere nuestro articulo 808: asi vemos que mientras el Código de Italia, en su art. 807, el de Luisiana en el 1481, y el de Austria en sus arts. 765 y 766, fijan un tercio por la legitima de los ascendientes, señalan la mitad los Códigos de Holanda, Chile, Prusia, Tesino, Francia, Uruguay y Baviera, estos cuatro últimos según el número de los ascendientes, y dos tercios Guatemala, República Argentina y Lucerna.

Preceptúa dicho articulo del Código de Italia que si el testador sólo deja ascendientes no puede disponer más que de los dos tercios de sus bienes, y que la porción legitima ó sea el tercio corresponderá al padre y á la madre por partes iguales, y á falta de uno de ellos pertenecerá por entero al otro; mas si el testador no deja padre ni madre pero sí ascendientes en la linea paterna ó materna corresponderá la porción legitima por mitad á unos y á otros si fueren de igual grado y cuando sean de grado desigual, al más próximo de una ú otra linea por entero.

Más conciso el Código de Guatemala, en su art. 800, establece que los hijos ó descendientes legitimos ó ilegitimos reconocidos que tengan por herederos forzosos á sus padres ó ascendientes, sólo tienen la facultad de disponer á favor de deudos ó extraños hasta el tercio de sus bienes.

El art. 915 de los Códigos Belga y Francés, fija la legitima de los ascendientes en la mitad de los bienes del donante cuando hay ascendientes de ambas lineas, y en una cuarta parte si sólo los hay de una linea.

El apartado segundo del art. 849 del Código de Uruguay establece la concurrencia de los hijos naturales juntamente con los ascendientes á falta de descendientes en la legitima de éstos, que señala en la mitad de los bienes del causante; fijando las tres cuartas de dicha mitad para los ascendientes y la cuarta parte restante para los hijos naturales.

El 3468 del Código de Campeche é igual número del de México prefijan que si el autor de la herencia al tiempo de su muerte no tuviere hijos, pero si padre ó madre vivos, consistirá la legitima de los padres en dos tercios de la herencia.

Art. 810. La legítima reservada á los padres se dividirá entre los dos por partes iguales: si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente.

Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren en grado diferente, corresponderá por entero á los más próximos de una ú otra línea.

Es tan lógico lo que en este artículo se preceptúa que no necesita comentarse: si la legítima que se reserva á los ascendientes es, por nuestro Código, la mitad del haber herencial sin distinguir como distinguen algunos Códigos, á los padres de los demás ascendientes, es evidente que cuando padre y madre suceden á sus hijos esa mitad reservada como legítima, se ha de distribuir entre los dos seres que al que heredan le dieron el ser, por partes iguales; así como también es inconcuso que si uno solo de los padres sobreviviera al hijo, para el sobreviviente será toda esa mitad de los bienes del hijo premuerto en calidad de legítima; como no tiene género alguno de duda, que si no vivieran ya los padres de la persona á quien se trata de heredar, primer grado de los ascendientes, vendrán á suceder por igual parientes de ambas ramas cuando en igual grado se encontraren, por iguales partes, es decir, mitad de aquella legítima para la genuina representación de cada rama, y que si hay parientes más próximos de una que de otra línea á aquellos más próximos irá esa mitad herencial señalada como legítima de los ascendientes.

Mas hemos de hacer presente que en algunos Códigos se confunde lastimosamente la legítima, parte de la porción de bienes herenciales que la ley reserva para los descendientes y ascendientes respectivamente, de la cual el testador no puede disponer, con la sucesión legítima, ó sean las determinaciones que la ley, en defecto de testamento, toma para que los bienes relictos *ab intestato* vayan á los más próximos parientes.

La ley, que en nuestro concepto no ha debido imponer reglas generales á su modo de obrar, respecto á la disposición de sus bienes, tanto entre vivos como para después de la muerte, no ha podido menos de sentar ciertas reglas para la transmisión racional de esos bienes, cuando el dueño de ellos no dispone expresamente.

Y era natural, los bienes, después de la muerte de su dueño, se transmiten por la voluntad de éste en primer término, y cuando el dueño no dispone, la ley, en segundo término, prefija la manera de suceder, y apoyándose en los preceptos de la naturaleza, designa las personas que deben suceder, y las cuotas en que debe consistir esa sucesión ó distribución de la herencia según las circunstancias del caso.

De manera que una cosa es la prohibición impuesta al testador de disponer de sus bienes, de cuya prohibición se deduce la reserva de una parte de sus bienes para sus descendientes, y en defecto de éstos, para sus ascendientes; y otra cosa es, bien distinta por cierto, la división que con arreglo á la ley se hace de bienes *ab intestato*, por lo que se llama sucesión legítima. Así es que hay que tener muy presente esa diferencia de dicción, esa distinta nomenclatura, que en algunos Códigos se confunde y que tan diverso concepto jurídico envuelve.

Por esto el Código de la Baja California, que adopta la libertad de testar, que no pone cortapisa al padre de familia para disponer de sus bienes, al tratar de la sucesión legítima ó *ab intestato* dá las reglas que tan prudencial y lógicamente sirven en aquel país para distribuir los bienes del finado que por sí no quiso ó no pudo disponer para después de su muerte; y lo mismo sucede en Inglaterra y en Aragón, que en el Distrito Federal de la Baja California que acabamos de indicar, en cuyos territorios no se le imponen al padre de familia esas trabas á la libertad de su propiedad, ni se le priva de esas porciones herenciales que en otros pueblos se reservan para legítima ó derecho legal de los descendientes ó ascendientes, aún contra la voluntad del testador.

El Proyecto de Código Civil de 1882 en su art. 795, propuso análogos preceptos á los del artículo que comentamos, y concuerda con el art. 807 del Código Italiano, que ya dejamos transcrito al comentar el precedente artículo, del cual parece está tomado el nuestro, pues no puede haber mayor conformidad de redacción; concuerda también algún tanto con los arts. 915, antes citados, de los Códigos de Bélgica y Francia, en cuyo apartado segundo se dice que los bienes reservados á favor de los ascendientes, los adquirirán éstos por el orden en que la ley les llama á suceder; y tiene alguna analogía con los arts. 758 y 800 del Código de Guatemala, con los arts. 849 en su relación con el 848 y 987 del Código de Uruguay, 1886, 1887 y siguientes del Código de Portugal, 733 del de Francia, 3469 del Código de México, 3612 del Código de la Baja California, 3469 del Código de Campeche y algunos otros.

Art. 811. El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, ó de un hermano, se halla obligado á reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden.

Vemos en este artículo establecido como derecho general el principio de la troncalidad que en varias regiones aforadas se ha conservado como institución veneranda de un patriarcal gobierno, que evita la anomalía de que, los descen-

dientes de una familia de posición desahogada, queden en la miseria, mientras que unos extraños á la casa del que creó una fortuna venga con ella á vivir en la opulencia.

Sin precedentes en nuestro derecho común, puede creerse q .e la comisión de Códigos aceptó este precepto como satisfacción á las regiones aforadas, y reconocimiento de la bondad de sus principios; y aunque al tratar de las legítimas ante el derecho foral hemos de ocuparnos de este como de otros puntos, que indican bien á las claras que se sustenta y domina en los paises aforados la libertad de testar para dentro de la familia, que es donde la naturaleza impone esas facultades discrecionales, evita el escape de esa sabia vital que constituye la riqueza, fuera del tronco que dió origen á tales frutos, dando así lugar al vigor y fortalecimiento de ese árbol frondoso de la familia, que extendiendo sus ramas á medida de su mayor vigor, dá un mayor poderío al Estado, dá una mayor fuerza al poder social, no podemos menos de recordar, que adoptando este principio de troncalidad en Aragón, en las Provincias Vascas, y en Cataluña, en cuanto á las herencias de los impúberes, está ceñido á la más estricta justicia, porque contrario seria á ella y al derecho natural, que por la cualidad de herederos forzosos, que á los padres se les dá, pasasen á ellos los bienes de sus descendientes cuando ocurriese el fallecimiento de éstos, y del padre y abuelo fuese á parar un caudal nacido y creado por una familia á manos de otros parientes afines, que quizás ni conocieran de vista á aquellos que honradamente ganaron dichos bienes.

Tiene esta teoría un punto vulnerable, y es que parece quiere vincularse en la familia, lo que, como toda propiedad, libre debiera ser, pero no hay tal vínculo; hay sí el deseo, la tendencia de que lo procedente de la familia entre los de la misma se conserve con preferencia á los extraños, y nada más: y aún en esto guarda el Código una justa limitación, puesto que el precepto de este artículo no se extiende más que al tercer grado. El ascendiente hereda de un descendiente bienes que éste adquirió por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano; pues bien, en este caso, ese ascendiente que tales bienes heredó *ab intestato*, por el Ministerio de la ley, obligado está á reservarlos en favor de los parientes que estén dentro de tercer grado de consanguinidad y pertenezcan á la línea de donde proceden los bienes. De modo que esto no contraría en nada la libertad de testar que tanto preconizamos, puesto que se refiere á las sucesiones intestadas; no vincula, por cuanto no limita la libre disposición de sus bienes por testamento y entre vivos; y se refiere solo á la regulación para distribuir una herencia yacente, unos bienes de que su dueño no dispuso; y si de otro modo se extendiese el precepto de este artículo que comentamos por la reserva, transfiriéndose sólo el usufructo, implicaría la creación de un vínculo familiar; sacaría del comercio libre aquellos bienes sujetos á reserva, mataría la libertad de la propiedad.

Nada se vé escrito ante el derecho común, hasta que en el art. 796 del Proyecto de 1882, se propuso un precepto análogo, sin que puedan citarse por ello más precedentes que los de los Fueros de Aragón, de los cuales nos ocuparemos en lugar oportuno; y según cuya legislación, los colaterales suceden en los bienes adquiridos por su causante intestado, los parientes más próximos por la parte de que desciendan los bienes; y esto se halla en perfecta relación con lo que determina el artículo anterior, ó sea el 810 de este mismo Código, y con la mayor parte de los Códigos extranjeros que con dicho artículo concuerdan.

Art. 812. Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enagenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación á ellos, y en el precio si se hubiere vendido, ó en los bienes con que se hayan sustituído, si los permutó ó cambió.

Consecuencia lógica del principio sentado en el anterior artículo, es el precepto del que ahora nos ocupa; y lógico por demás, no hace otra cosa que llamar á la persona de quien proceden las cosas dadas por los ascendientes á los hijos ó descendientes que hayan muerto sin posteridad, lo cual es perfectamente razonable y justo; pues si un hombre hace donación á sus descendientes de aquello que cree les conviene para el sostenimiento de sus necesidades ó ayuda de su más desahogado vivir, natural es que cuando el descendiente agraciado fallece sin familia ó sin posteridad de ningún género, vuelva lo donado al donante si existiere entre los bienes herenciales relictos por el donatario á su fallecimiento, ó sea lo que el Código llama sucesión de dicho donatario. Mas suceder pudiera que esos bienes donados hubieran sido enagenados por el donatario, bien á título gratuito, bien á título oneroso, y en tales casos, según el precepto de este artículo los donantes ascendientes, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación á los bienes donados, y en el precio si la enagenación hubiera sido por venta, y en los bienes con que los hayan sustituido si ese traspaso hubiera sido por efecto de una permuta ó cambio. De modo que atemperándonos á las palabras del texto literal, difícil es pueda haber interpretaciones torcidas acerca de tales preceptos, si bien podrá decirse que parece verse perdido el carácter de la donación, puesto que en tales prescripciones pudiera creerse que se atentaba contra la irrevocabilidad y transferencia definitiva que caracteriza á toda donación *intervivos*; pero realmente no tiene mucho de cierto tal aseveración, por cuanto la donación hecha quedó, y definitiva fué desde que se hizo; pero como de todos modos el hombre que carece de descendencia ó que muere sin la posteridad á que se refiere el artí-

culo que del Código comentamos, ha de ser heredado por sus ascendientes, la ley ha querido que caso de no haberlos consumido el donatario, se encuentren en preferente lugar los que aquella donación hicieron, y que toda vez que con el carácter de ascendientes han de suceder *ab intestato* á su descendiente, le sucedan especialmente en aquello que reste de lo donado al fallecimiento del donatario, bien sea la misma cosa lo que en la sucesión aparezca, bien en parte de sus derechos, bien en la cosa que le hubieren sustituido ó en lo que la representa. Y buena prueba de esto es, que en este género de sucesiones el ascendiente heredero *ab intestato* de su descendiente, pagará á la Hacienda el tanto por ciento que corresponda por transmisión de bienes ó derechos reales, y no se excusará de satisfacer ese mismo tributo en lo que concierna á lo que fué objeto de la donación, y que por sucesión intestada revierte á su poder. De manera que esto nos indica que hay verdadera transferencia al hacer la donación, que ésta se hizo á perpetuidad sin condición de ningún género, definitivamente, y sin alterar su naturaleza por tácita ni expresa revocabilidad; y que si transferencia hubo al verificarse la donación, transferencia de bienes y derechos hay también al efectuarse la sucesión.

No nos cansaremos de insistir en la idea anteriormente vertida, de que nuestro Código, como muchos de los Códigos modernos, confunden dos legítimas que deben ser bien distintas en nuestro concepto: la legitima ó porción reservable en favor de los descendientes ó ascendientes de la parte del caudal hereditario que designan los arts. 808 y 809, de lo que realmente no es ni puede ser otra cosa que los efectos de la sucesión intestada, efectos que se deben á las reglas establecidas por la ley para la división y distribución de esa herencia que llamamos yacente ó respecto de la cual no dispuso su dueño: y en este sentido encontramos perfectamente lógico y razonable cuanto se expresa en los arts. 811 y 812, pues especialmente este último, que es el que al presente comentamos, de entenderse en el sentido de que el donatario no pudiera disponer de lo donado, implicaría la aceptación de principios contrarios á la libertad de la propiedad y la constitución de donaciones especiales que no tendrían el carácter de las verdaderas donaciones, sino el de simples cesiones de por vida, ó de una especie de usufructos más ó menos latos con el nombre de donaciones.

Pero si el legislador ha querido decir lo que nosotros entendemos y lo que nosotros al comentar este artículo sustentamos, no es tampoco este el lugar donde debía estar consignado tal precepto; sino que debía exponerse entre las diferentes secciones del capítulo 3.° que trata de la sucesión intestada,

El precepto que nos ocupa parece tomado del anteproyecto de Código Belga, y de lo propuesto en el art. 797 de nuestro Proyecto de Código de 1882, sin que en la legislación general de nuestra patria se haya sostenido anteriormente ese derecho de reversión ahora sustentado.

Art. 813. El testador no podrá privar á los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravámen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.

Es también de buen sentido, que si la legítima es la porción que por la ley se reserva en los bienes del testador para sus descendientes ó ascendientes, necesariamente, ningún testador puede privar de esa cuota á los herederos que á ella tienen derecho, á no ser en los casos que la ley expresamente determina lo contrario; como es también inconcuso y de buen sentido que por lo mismo que la legítima es una parte que la ley ordena se reserve para determinadas personas, el testador no puede imponer tampoco sobre esas cuotas ó porciones legitimarias, gravámen, condición ó sustitución de ningún género, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo en el art. 855 y demás concordantes de este Código.

No podemos menos de expresar que vemos precedentes de este artículo que comentamos en la Ley 32, tít. 28, lib. 3.° del Código Romano, y en las Leyes 17, tít. 1.° y 11, tít. 4.°, Part. 6.ª; teniendo gran relación con dicho artículo los artículos 834 al 839 de este mismo Código, en los que se trata de los derechos del cónyuge viudo; y en los arts. 848 al 857, en que se previene lo necesario sobre la desheredación.

El Proyecto de Código civil de 1882, en su art. 798, proponía exactamente lo mismo, y el art. 647 del Proyecto de 1851, se limitó á consignar que la legítima no admite gravámen ni condición, ni institución de ninguna especie, que es lo que poco más ó menos venía expresando la Ley 17, tít. 1.°, Part. 6.ª, al preceptuar que: *deuenla auer libre é quita sin embargo é sin agrauamento, é sin nenguna condición, etc.*

Concordancias encontramos entre el artículo que de nuestro Código nos ocupa y los arts. 1167 y 1192 del de Chile, 577 del de Vaud, 774 del de Austria, 808 del de Italia, ya transcrito en otro lugar al definir la legítima; 803 del de Guatemala, 846 y 857 del de Uruguay, 3598 del de la República Argentina; 3461, 3462 y siguientes de México, 957 del Código de Veracruz-Llave, 3461 y siguientes del de Campeche, 920, 925 y 930 del de Francia, 1226 del de Colombia, 2564 y 2584 del de Sajonia, y otros.

Art. 814. La preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento ó sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

La preterición del viudo ó viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los arts. 834, 835, 836 y 837 de este Código.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto.

Al empezar el comentario de este artículo, no podemos sustraernos de expresar que, si bien el preterir ó hacer caso omiso en un testamento de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, anula el testamento en cuanto á la institución de heredero, no puede anular del mismo modo las mandas y mejoras hechas en el mismo en cuanto no se declaren inoficiosas; y esto se comprende bien hoy que cualquiera puede morir parte testado y parte intestado; mas en el antiguo derecho no podía suceder lo mismo, por la sencilla razón de ser precisa la institución y viciarse en su integridad el testamento por falta ó defecto de la misma institución. Conformes estamos en cuanto previene este art. 814 en su primer apartado; pero en cuanto al segundo, ó sea en lo que se refiere á que la preterición del viudo ó viuda no anula la institución, no podemos estarlo igualmente; porque si la participación que en la herencia tiene el viudo ó la viuda, se le concede por la ley como verdadera legítima en el sentido que á esta palabra le dá el art. 806 de este Código, no puede menos de producir las mismas consecuencias que las demás legítimas de descendientes y ascendientes; pues por más que no se le reserve la plena propiedad de la tercera parte ó de la mitad de la herencia, según los casos á que se refieren los artículos 836 y 837, como quiera que dividido el dominio en útil y directo, lo mismo puede consistir la legítima del viudo, como realmente consiste en el útil ó sea el usufructo, que consistir puede en ambos dominios para los otros herederos forzosos, de aquí el que la legítima de los descendientes y ascendientes, no debiera producir, en nuestro concepto, más efectos que las demás legítimas, y por consiguiente, encontrando como encontramos lógico y procedente, el que la preterición de los primeros produzca la nulidad del testamento, no vemos razón alguna para que no produzca la misma nulidad la preterición del viudo ó viuda en el usufructo que les corresponde de la parte misma de la herencia que este Código les designa; pues de lo contrario, para ejercitar el viudo ó viuda las acciones correspondientes, al objeto de conservar los derechos que les conceden los arts. 834 al 837 de este mismo Código, tendrían que entrar en gastos que pondrían en desigual situación á legitimarios de iguales condiciones; mientras que, si se anulase la institución como se anula por preterir á los descendientes y ascendientes, entonces al viudo ó viuda se les colocaría al mismo nivel que estos, que es lo que debe suceder, y sin los gastos de aquella petición de derechos, obtendrían un mejor resultado, porque anulada

la institución no habria tanto interés en oponerse á los derechos legitimarios del viudo ó de la viuda.

En cuanto al tercer apartado tambien estamos conformes, pues es lógico que si los herederos forzosos preteridos faliecieren antes que el testador, como ya no hay perjuicio para tercero, debe prevalecer la institución de heredero hecha en aquel testamento en que se les preteria.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 644, propuso preceptos análogos al articulo que nos ocupa, y el art. 799 del Proyecto de Código de 1882, proponia tambien preceptos casi iguales al que ahora comentamos, si bien este se ve adicionado con el apartado segundo relativo á la preterición del viudo ó viuda.

Precedentes más ó menos análogos se encuentran en lo relativo á la nulidad absoluta que producia la preterición, en la Novela 115, caps. 3.° y 4.°; en la Ley 12, tit. 3.°, lib. 28 del Digesto; en las Leyes 3.ª, tit. 7.° y 1.ª, tit. 8.°, Partida 6.ª, viéndose verdaderas concordancias en la Ley 24 de Toro transcrita, luego á la Ley 8.ª, tit. 6.°, lib. 10 de la Novisima Recopilación: sin que en lo relativo á la legitima del viudo ó viuda puedan encontrarse precedentes porque hasta el dia no se les habia concedido tales derechos.

Si bien se asegura que el antiguo derecho romano de un modo absoluto anulaba todo el testamento por preterición, el derecho nuevo de aquel pueblo vino (en la Auténtica de la Novela 115, cap. 3.°, correspondiente al tit. 28 del libro 6.° del Código), á determinar que el testamento por causa de preterición de los hijos se hacia irrito y se anulaba en lo que se referia á la institución de herederos, y los hijos habian de ser llamados á la herencia por intestado en partes iguales, al objeto de que los hijos no fuesen condenados por falsas acusaciones ni se les hiciere victima de fraude tocante á la fortuna de sus padres; más si el testamento se declaráse nulo por no probar la causa de ingratitud á que el precepto aludido se refiere, los legados fideicomisos y demás mandas dejadas en el mismo conservarian su fuerza y vigor; ó sea lo que la Auténtica relativa á dicha Novela expresa preceptuando que por efecto de la desheredación ó de la preterición se anula el testamento respecto á la institución; pero queda subsistente en cuanto á lo demás; que es lo que precisamente viene á decir nuestro Código como lo preceptuó anteriormente la Ley de Partida.

El articulo que comentamos puede conceptuarse en relación con los arculos 100, 111, 763, 766, 823 y 858 de este mismo Código; y concordancias tales tiene con el Código de México que, el párrafo primero de nuestro art. 814, parece una copia exacta del art. 3484 del mencionado Código de México; y el apartado tercero de dicho articulo que comentamos es exactamente igual que el art. 3485 del citado Código de México; sucediendo idénticamente lo mismo con los artículos 3484 y 3485 del Código de Campeche; y análogos preceptos se encuentran en los arts. 776 y 778 del Código de Austria, 589 del de Vaud y 958

del de Veracruz-Llave, siendo este último idéntico al nuéstro en sus párrafos primero y último, si bien omite el ocuparse de la preterición del viudo ó de la viuda que en ningún otro Código se ve como en el nuestro; encontrándose tambien alguna analogia en los arts. 2600 y 2601 del Código de Sajonia.

Art. 815. El heredero forzoso á quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.

Este articulo nos dá á entender de un modo claro, que mientras no haya preterición de los herederos forzosos, no habrá nulidad del testamento por vicio en el fondo del mismo, pero cuando el testador hubiere dejado menos de lo que le correspondia por legitima al heredero forzoso, éste puede pedir el suplemento de la misma; y esto es de buen sentido, tanto que ni aun necesidad habia de preceptuarlo para que por las reglas generales del derecho, viniera á deducirse la acción que nace del precepto del articulo que comentamos; más según el derecho romano y lo que en nuestra antigua legislación pátria se preceptuaba, el testamento era nulo si lo por el transferido á un heredero no se le dejaba por título de tal heredero, aunque se le legare integramente la legitima que le correspondia: de manera que según la Ley 30, tit. 28, lib. 3.º del Código; el párrafo 3.º, tit. 18, lib. 2.º de la Instituta; la Novela 115 en su capitulo 5.º y la Ley 5.ª, tit. 8.º, Partida 6.ª, que son los antecedentes que podemos evocar sobre el particular, si Juan dejaba como legado lo que le correspondía por legitima á Pedro, aquel testamento era nulo por cuanto la transferencia de su legitima no se hacia á título de heredero; y si Juan dejaba á Pedro sólo una parte de su legitima instituyéndole heredero de ella, entónces el testamento era válido y podia pedir el suplemento de la legitima.

El art. 645 del Proyecto de Código civil de 1851, y el 800 del Proyecto de 1882 propusieron preceptos análogos, y en algunas Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 1.º de Diciembre de 1863, se declaró que no puede pedirse suplemento de legitima hasta que fallezca la persona que debe darla, lo cual es una de esas verdades axiomáticas acerca de la que no necesitan hacerse consideraciones de ningún género.

Concordancias encontramos en los arts. 3600 del Código de la República Argentina, 1185 y 1189 del de Chile, 3483 del de México, 959 del de Veracruz-Llave, 3483 del de Campeche, 2586 del de Sajonia y 1247 del de Colombia.

Art. 816. Toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer á colación lo que hubiesen recibido por la renuncia ó transacción.

Ha comprendido perfectamente el legislador la importancia que tienen ciertas renuncias, y el origen de las mismas, cuando ha dado precepto tan terminante como el que acabamos de consignar. Esas renuncias á futuras legitimas, cuyo uso llega á ser abusivo en algunas regiones de nuestra patria, se han obtenido con facilidad suma, porque generalmente son los jóvenes los que renuncian lo futuro por un poco de oropel que les fascina de momento, por el deseo de poseer de presente un algo que dominar, y les haga adelantar las funciones sociales á que los nuevos seres se muestran tan aficionados, pues no hay apenas joven que, sea por gastar y disipar figurando algún tanto en la sociedad, sea por satisfacer una pueril vanidad, sea por realizar los cálculos de una imaginación febril y llevar á cabo empresas no siempre bien meditadas, prefiere recibir una cantidad cierta en el apogeo de sus ilusiones, á esperar el tiempo en que haya de posesionarse de lo que, según ley, constituye su patrimonio. Y esto, que muchas veces sucede por efecto de la impaciencia vertiginosa de la juventud, y porque no saben apreciar lo que no ven de cerca, lleva á tal extremo esas renuncias, que se verifican, sino por un plato de lentejas, como la renuncia de la primogenitura de Esaúl que nos refiere la historia, por mucho menos de lo que les corresponde. Y como esta teoria de las renuncias es perturbadora y sólo conduciria á que el calculista, sagaz hasta lo absurdo, se aprovechase de la generosidad del que no puede figurarse le rodeen sus familiares para defraudarle, la rechazamos porque viene á perturbar la paz de las familias y á sembrar entre sus individuos la idea del medro injustificado y del engaño. Así es que nuestro Código, con muy buen acuerdo, preceptúa en el art. 816, que nos ocupa, que son nulas esas renuncias ó transacciones acerca de las legitimas, y que los herederos forzosos podrán reclamar su legitima, aun cuando hubieren renunciado á ella, si bien deberán llevar á colación lo que hubiesen percibido por la renuncia ó transacción.

Tanto el Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 646, como el Proyecto de 1882, en su art. 801, proponian preceptos análogos; encontrándose precedentes en la ley 35, tit. 28, lib. 3.° del Código Romano, teniendo gran relación con el art. 1035 del Código que comentamos, en cuanto à la colación de bienes, y con el apartado segundo del art. 1271 de este mismo Código, en cuanto á la imposibilidad de ser objeto de contrato la herencia futura.

Concuerda con los arts. 551 y 879 del Código de Austria, 1881 del de Luisiana, 731 del de Vaud, 1109 y 1370 del de Holanda, párrafo segundo del 1118 del de Italia, 850 del de Uruguay, 791 y párrafo segundo del 1130 del de Francia, 3599 del de la República Argentina, 791 y párrafo segundo del 1130 del de Bélgica, 3496 del de México, 961 del Código de Veracruz-Llave, igual exactamente al que de nuestro Código comentamos; 1226 del de Chile, 1283 del de Colombia, 2572 del de Sajonia, 3496 del de Campeche, y otros varios códigos extranjeros. Debiendo hacerse presente que el articulo ya citado del Código de Uruguay,

como el de Veracruz-Llave y el nuestro, son enteramente iguales; que los citados artículos de los Códigos de México y Campeche, son en la esencia tan parecidos al nuestro que parecen idénticos; que el de Italia, incluído ya dentro del objeto de los contratos, después de sentar como principio que las cosas futuras podrán también constituir el objeto de un contrato, viene á sostener la excépción de que no se podrá, sin embargo, renunciar á una herencia que no se haya abierto todavía, ni hacer ninguna estipulación basada en la misma, bien con aquel de cuya herencia se trata ó con terceros, aun con su consentimiento.

Los Códigos de Francia y Bélgica se ocupan de este particular al tratar de la repudiación de la herencia, y al estudiar el objeto ó materia del contrato. Bajo el primer concepto se previene que está prohibido renunciar, aun que se efectúe en contrato de matrimonio, á la herencia de una persona que vive, si enagena los derechos eventuales que puedan tenerse á su sucesión; y sentencias varias del Tribunal de casación Francés sostienen tal doctrina desde 27 de Junio de 1838, hasta las de 11 de Noviembre de 1845, 25 de Enero de 1853, y otras más modernas, que prolijo sería enumerar.

Bajo el segundo aspecto, si bien el art. 1130 del Código Francés sustenta como regla general, que las cosas futuras podrán ser objeto de una obligación, viene el mismo artículo á sentar la escepción, por la cual, de conformidad con el precepto anteriormente indicado, no se puede renunciar á una sucesión que no se haya abierto, ni hacer estipulación alguna sobre ella, ni aun con el consentimiento de aquel de cuya herencia se trate.

De manera, que vemos que la mayoría de los Códigos modernos, sientan esta tésis, aun que distintamente expuesta; y en nuestro país, no es nueva esta teoría, pues ademas de lo expuesto en las leyes 6.ª y 28 de Toro, transcritas á las leyes 1.ª y 8.ª, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, tenemos varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en las que se decide que la renuncia que hace un ascendiente de la legítima que por derecho le corresponde, cede, si tiene descendientes, en perjuicio de lo que á éstos puede corresponder también como legítima, y por ello se infringen las disposiciones anteriormente citadas (19 Abril de 1863); siendo también jurisprudencia sentada por dicho sábio y elevado Tribunal, la de que las leyes fundamentales que regulan la sucesión y derechos de familia, no pueden derogarse por particulares convenios, y por lo tanto, que debe conceptuarse nula toda renuncia ó transacción hecha contra sus prescripciones (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1865).

Art. 817. Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, á petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas ó excesivas.

En rigor, nada debiera decirse sobre esto por ser una consecuencia natural de la definición de legítimas, consignada en el art. 806 de este mismo Código, y de lo dispuesto en el art. 815, respecto de cuando esas legítimas apareciesen menguadas. Si cuando no llegan al tipo designado por la ley, los herederos forzosos pueden pedir su complemento, cuando son exuberantes hay que reducirlas á la medida por la ley misma prefijada; esto es justo y equitativo en extremo, y no necesita demostrarse, porque las verdades axiomáticas no se demuestran, penetran por los sentidos materiales en el *yo* humano, y una vez concebidas, es inútil toda explicación.

Y estas verdades, viven siempre, no se alteran jamás, porque están en la naturaleza de las cosas como principios inherentes á ella, que con ella nacieron, y con ella perseveran. Por eso se veían ya consignadas en las leyes de *inofficios. donationibus del tit.29, lib. 3.° del Código Romano*; y por eso, consignadas quedan en las leyes 9.ª y 11, tit. 5.°, lib. 39 del Digesto, como aparecen también en las leyes 26 y 28 de Toro, y en las leyes 10, tit. 6.°, y 8.ª, tit. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación. Y no podía ser otra cosa, pues si el sentido común dicta, que una vez establecida la legítima, (esa porción hereditaria que por la Ley se reserva á los herederos forzosos), hay que satisfacerla, no queda otro remedio que complementarla si es corta, y cercenarla ó reducirla al tipo legal si es excesiva ó inoficiosa.

Los Proyectos de Código Civil de 1851 y 1882 en sus arts. 647 y 802 respectivamente, proponían preceptos análogos; y concordancias encontramos en los arts. 920 del Código de Francia, 821 del Código de Italia, 1245 y 1247 del Código de Colombia, 920 del de Bélgica, 1187 y 1189 del de Chile, 1789 y 1790 del de Portugal, 3601 del de la República Argentina, 3482 y 3489 del de México, 3482 y 3489 del de Campeche, 952 del de Uruguay, y 2589 del de Sajonia; si bien los más semejantes al nuestro son los preceptos del Código Argentino, los del Francés, Belga y del Italiano; pues los de México y Campeche se reducen á definir el testamento inoficioso, y á significar tácitamente y por referencia á otros artículos, la reducción; pero todos están conformes en que lo excesivo se reduce, y lo que es corto y mermado se extiende á sus justos términos.

Art. 818. Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.

Viénese aqui á determinar la manera de fijar la legitima, y evidente es que ha de estar en proporción del caudal hereditario al tiempo de la muerte del testador, ó del causante, pues la legitima ha de deducirse lo mismo muera uno testado ó intestado.

Pero claro es también que de ese cúmulo general de bienes, ó acerbo común, como suele llamarse, deben deducirse antes las deudas y cargas que sobre la cosa hereditaria ó el haber pesasen, sin que en manera alguna puedan comprenderse en esa primera clasificación las cargas impuestas en el testamento, porque éstas considerarse deben como mandas ó legados, que se deducirán del haber hereditario después de haber deducido la legitima, teniendo en cuenta la agregación de los bienes colacionables. De manera que si el valor liquido, después de satisfechas las deudas y cargas, es 20,000, y lo colacionable es 1,000, se tendrá en cuenta la suma de 21,000 para deducir la legitima, y luego vendrá la distribución de mandas y legados.

Precedentes histórico-legales vemos en el derecho romano y en nuestro patrio derecho, siendo lo más notable las Leyes 6.ª, tit. 28, lib. 3.º del Código Romano; 1.ª, tit. 4.º, lib. 8.º, y 1,ª, tit. 5.º, lib. 41 del Digesto; 39, tit. 16, lib. 50 del Digesto; 3.ª, tit. 29, lib. 3.º del Código Justinianeo; 8.ª, tit. 33, Part. 6.ª; 3.ª, titulo 11, Part. 6.ª; 5.ª y 6.ª, tit. 3.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación, tomadas estas de la Ley de Toro, y otras varias ya citadas acerca de inoficioso testamento, etc., etc.

Preceptos análogos propusieron los Proyectos de 1851 y 1882 en sus respectivos arts. 648 y 803, teniendo estrecha relación el que nos ocupa con los articulos 1035 y 1050 de este mismo Código.

Concordancias varias vemos en diferentes Códigos extranjeros, pero muy especiales son las de los arts. 922 del Código de Francia, 822 del de Italia, 922 del de Bélgica, 1789 y 1790 del Código de Portugal, 3602 del de la República Argentina, 851 del de Uruguay, 3387 y 3488 del de México, 962 del de Veracruz-Llave, 3487 y 3488 del de Campeche, siendo iguales al nuestro los de la República Argentina, Veracruz-Llave, México y Campeche, y teniendo gran analogia con los arts. 1184 y 1185 del Código de Chile, 1252 y siguientes del de Colombia, y 2573 del de Sajonia.

El Tribunal Supremo de Justicia decidió ya que la legitima de los hijos debe detraerse de los bienes que constituyen la herencia del padre al tiempo de su fallecimiento (sentencia de 4 de Junio de 1863); y que para fijar la legitima de los hijos, atenderse debe al valor que tuvieren los bienes del padre el dia de su fallecimiento, deduciéndose previamente el importe de deudas y demás responsabilidades á que estuvieren afectos (sentencia de 20 de Junio de 1878).

Art. 819. Las donaciones hechas á los hijos, qué no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima.

Las donaciones hechas á extraños se imputarán á la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.

En cuanto fueren inoficiosas ó excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.

El precepto de este artículo parece á primera vista algún tanto de difícil inteligencia, mas es fácil y sencillo en extremo, desde el momento que fijemos los términos que contiene y la significación de la palabra imputar para los efectos del caso. La palabra imputación, en verdaderos términos jurídicos, no otra cosa quiere decir que la colacionabilidad de los bienes al haber hereditario, ó sea los bienes colacionables ó los bienes que hayan de traerse á colación al efectuar el acervo común.

Así es que, el primer apartado del artículo que comentamos, solo significa que las donaciones que los padres hicieren á sus hijos se aportarán al acervo común el día del fallecimiento del causante, como bienes colacionables, á no ser que esas donaciones se hubiesen hecho en concepto de mejoras anticipadas y estuvieran dentro del tipo de que el padre puede disponer para verificar esas méjoras.

En cuanto al segundo apartado, se vé en su texto claramente, que las donaciones que el testador hiciere á los extraños, se colacionarán en ese acervo común á la parte libre de que el testador podía disponer; y como naturalmente ésta puede cambiar, según el resultado de los bienes relictos á su fallecimiento, para sus efectos ha de tenerse en cuenta la cuantía de dicho caudal á su muerte. Mas en esto encontramos varias dificultades que es difícil superar, y que en manera alguna pueden solventarse sino casuísticaménte, pues para ello es necesario tener en cuenta, primero, si esas donaciones consistieron en bienes muebles ó inmuebles, y, si consistiendo en éstos últimos, su valor era tal que dió lugar ó no á la insinuación. En el primer caso será difícil la colación, y en el segundo podrá ser fácil, mucho más si hubiere habido insinuación; si bien en nuestro concepto y en el de algunos autores, solamente las donaciones por causa son las que deben estar sujetas á la colación; pues la donación simple, como es un acto de pura liberalidad del donante, ha de presumirse que se hizo con intención de que el donatario la conserve en su poder para sí exclusivamente y sin colacionarla con los demás hijos; mientras que otros son de parecer, que, colacionándose las donaciones propter nupcias, las exponsalicias y hasta los regalos y gastos de boda, deben tambien ser colacionadas las donaciones simples.

Verificándose la colación de bienes, bien por *manifestación*, ó sea trayendo y manifestando el donatario la misma cosa que percibió, que existiere y pudiese ser colacionada; ya por *liberación*, ó sea cuando hubo promesa que no quedó cumplida, por lo cual deberá satisfacerse al verificar las particiones, si con arreglo á derecho estuviere hecha; ya por *imputación*, ó sea imputando al donatario en parte de su haber la cosa que recibió para que perciba otro tanto menos cuanto fuese su importe, es indudable que la imputación es el medio más obvio y ordinario de verificar esa colación, y por lo tanto no podemos menos de aplaudir la técnica aplicación de la palabra imputar que dá el art. 819 que comentamos, mucho más si se prescinde de los distingos que algunos autores hacen respecto de las diferentes maneras de colacionar, y teniendo en cuenta que la imputación se hacia generalmente, sólo cuando hubiera tenido lugar la sucesión por testamento, mientras que la colación se verificaba de cualquier otro modo, sólo cuando sucedían entre si los hijos y descendientes.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 804, proponía preceptos análogos; teniendo gran relación con el artículo que nos ocupa los arts. 618, 622, 825 y 847 de este Código.

Concordancias encontramos en los arts. 843 del Código de Guatemala, 1186, 1198 y 1203 del Código de Chile, 924 del Código de Francia; párrafo último del art. 822 del Código de Italia. 924 del Código de Bélgica; teniendo alguna relación el art. 3517 de los Códigos de México y de Campeche, en los arts. 2574, 2590 y 2603 del Código de Sajonia, 1244 y 1256 del Código de Colombia y otros.

Art. 820. Fijada la legítima con arreglo á los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue:

1.° Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legitima, reduciendo ó anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

2.° La reducción de éstas se hará á prorrata, sin distinción alguna.

Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado estos por entero al pago de la legítima.

3.° Si la manda consiste en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria ó entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

Poco ó nada puede decirse de este artículo, puesto que en él parece haberse dedicado el legislador exclusivamente á señalar reglas por las cuales se fa-

cilite la reducción de la legítima cuando excesiva fuese, una vez determinado ya el tipo de la misma, ó fijado el caudal en que ha de consistir. De manera que realmente no puede hacerse otra cosa con relación á los preceptos que en el artículo que nos ocupa se contienen, que cumplir fielmente cuanto en ellos se dispone respetando en primer término las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó anulando si necesario fuése las mandas hechas en el testamento, haciendo la reducción de dichas mandas á prorrata y sin distinción alguna, teniendo en cuenta la voluntad del testador respecto de ciertos legados que hubiere dejado con preferencia á otros, para que la reducción de estos no se efectúe hasta despues que reducidos queden los demás para completar la legítima: y si la manda consistiere en un usufructo ó renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos pueden escojer entre el cumplimiento de aquella disposición testamentaria, ó entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

Estas disposiciones están en relación con lo que previenen varias leyes del Digesto en el tit. 2.º de su lib. 25; y con el precepto de la Ley 1.ª, tit. 11, Partida 6.ª; relacionándose tambien con los arts. 620 y 658 de este mismo Código que comentamos.

Los Proyectos de Código Civil de 1851 y 1882 respectivamente, en sus artículos 649 y 805, proponían preceptos análogos, y concordancias vemos en el art. 917 del Código Francés con el último párrafo del artículo que de nuestro Código comentamos, y los arts. 920, 926 y 927 del mismo Código Francés no dejan de tener cierta relación con lo que se preceptua en los núms. 1.º y 2.º del art. 820 que de nuestro Código nos ocupa; concordando tambien con los artículos 3489 y 3492 del Código de México, 963 del de Veracruz-Llave, 3489 al 3492 del de Campeche, el 852 del de Uruguay, el 1206 del de Chile, 965 y 971 del de Holanda, 346 y 347 del de Prusia, 1788 y 1789 del de Portugal, si bien en los de este último Código solo alguna analogia se vé; el 1486 del de Luisiana, 917, 920, 926 y 927 del de Bélgica, y 810, 823 al 825 del de Italia.

Art. 821. Cuando el legado sujeto á reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo habér en dinero.

El legatario que tenga derecho á legítima podrá retener toda la finca, con tal qne su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Los preceptos contenidos en este artículo que en su primer párrafo es enteramente igual á la totalidad del art. 853 del Código de Uruguay, vienen á sentar un principio de equidad, al propio tiempo que hasta económico, para que las fincas no sufran una división extremada que perjudicar pueda la riqueza particular y pública; y con tal motivo establece una regla proporcional tan justa y equitativa, que no podemos menos de aplaudir, pues es lo cierto, que si el legado sujeto á reducción, consiste en una sóla finca que no admite cómoda división, y la reducción no absorve la mitad de su valor, debe quedar dicha finca á disposición del legatario indemnizando lo correspondiente al heredero forzoso para quien se haga la reducción; y vicevesa, si la reducción es por mayor valor de la mitad de su precio, quedará la finca en favor de los herederos forzosos para quien se haga la reducción abonando estos al legatario lo correspondiente.

Mas hay un precepto en nuestro Código, que es el del último apartado del artículo que comentamos, que no se encuentra en el de Uruguay, y que ordena que el legatario que tenga derecho á la legítima, podrá retener toda la finca con tal que su valor no sea superior al importe de la porción disponible como libre y de la cuota que le corresponda por legítima, lo cual se comprende perfectamente, pues si superase el valor de la finca á aquello de que el testador puede disponer, como habría que reducir el legado, desaparecería el motivo de quedarse la referida finca en pago del legado y de la legítima; y como ya se reunirían de esta manera en una persona los derechos de legatario y legitimario, no podrían establecerse las relaciones que se fijan en el párrafo anterior entre un heredero y un legatario para quedarse la finca en cuestión, según excediese ó no de la mitad el valor de lo que tenían que percibir cuando la finca no admitiese cómoda división.

El art. 826 del Código de Italia, más extenso que el nuestro y dividido en tres apartados para tratar de este asunto, determina que cuando el legado sujeto á reducción sea de un inmueble, se haga dicha reducción dividiendo la cosa inmueble si puede hacerse cómodamente, mas si no pudiera verificarse esa división con facilidad, y el legatario tuviese sobre el inmueble un derecho superior al de la cuarta parte de la porción disponible, deberá dejar todo el inmueble en la herencia, reservándose el derecho de pedir el valor de la porción disponible; pero si el exceso fuese igual á la cuarta parte ó menor que ésta, el legatario podrá retener todo el inmueble compensando en dinero á aquellos á quienes esté reservada la porción legítima; no obstante lo cual, el legatario que tenga derecho á la legítima, podrá retener todo el inmueble mientras que el valor del mismo no pase del importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda en la legítima. De manera que en lo esencial se ve de un modo claro y palpable que las prescripciones del Código de Italia, en este punto, son esencialmente idénticas á las de nuestro Código.

Análogas concordancias se ven también en el art. 972 del Código de Holanda, como las encontramos también en las prescripciones del art. 2776 al 2779 del Código de Campeche, 2657 al 2659 del Código de la Baja California, y 2776 al 2779 del de México.

Tanto el art. 650 del Proyecto de Código de 1851, como el 806 del Proyecto de 1882, proponian preceptos análogos; y en relación está el artículo que comentamos con el art. 404 de este mismo Código.

Art. 822. Si los herederos ó legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, á instancia de cualquiera de los interesados.

Tomado este artículo al pié de la letra del art. 854 del Código de la República Oriental del Uruguay, hemos de confesar que no comprendemos su redacción; pues para nosotros es incomprensible que cuando no quieran usar de un derecho los que le tengan, sean herederos ó legatarios, pueden utilizarlo los que no le tengan; y, sea por falta en la redacción, ó por limitación de nuestra inteligencia, nosotros no podemos menos de rechazar tal precepto con la misma naturalidad que aceptamos como buenos y razonables, los preceptos que contienen los arts. 3194 del Código de México y 3494 del Código de Campeche, porque en estos se vé que si el heredero ó legatario á quien compete el derecho concedido por la Ley en primer término, no lo usare, podrá ejercitarlo el otro interesado si tuviese algún derecho real sobre la cosa donada ó legada, que es igual para el caso; y si ninguno de ellos lo ejercita, es cuando en pública subasta se vende el inmueble; con cuyos preceptos no se ven ya en pugna las ideas antagónicas de ejercitar un derecho el que lo tiene y el que no lo tiene, que es lo que dicen nuestro Código y el de Uruguay.

El Proyecto de 1851, en su art. 651, había propuesto preceptos análogos que después reprodujo en su art. 807 del Proyecto de 1882.

SECCIÓN SEXTA

DE LAS MEJORAS

Art. 823. El padre ó la madre podrán disponer á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes de una de las dos terceras partes destinadas á legítima.

Esta porción se llama mejora.

Empezamos á tratar de las mejoras sobre lo cual mucho tienen expuesto tanto la Ley 1.ª, tít. 5.º, lib. 4.º del Fuero Juzgo, como el Fuero Real, y la Ley 18 de Toro, tanto que sólo sirvió su profusión para dar lugar á innumerables pleitos, motivar infinitos volúmenes que jurisconsultos varios sobre lo mismo escribieron, y dar lugar en los Tribunales de Justicia á decisiones muchas veces contradictorias, por la confusión que naturalmente tenían que producir en su ánimo tan difusas como heterogéneas disposiciones. Es pues de origen de derecho común, según acabamos de indicar, la institución de las mejoras, atribuyendo algunos su nacimiento á la Ley de Chindasvinto, consignada en el libro 4.º del Fuero Juzgo á que anteriormente nos hemos referido; y viene á sustituir en parte esa facultad libérrima de testar que antes tenía el padre de familia, y por cuya desaparición tanto nos hemos lamentado.

Nuestro Código trata de tal materia con admirable acierto, y supliendo los tortuosos caminos por donde vagaban las leyes 17 y 31 de Toro, condensa en pocos preceptos claros y terminantes cuanto sobre mejoras puede decirse.

En el art. 823 que comentamos, que tanta relación tiene con el 808 de este mismo Código, se viene á sentar la facultad que los padres tienen para disponer á favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes de una de las dos terceras partes destinadas á la legítima; y si no se define la mejora tal cual pudiera definirse tecnicamente, se dice al menos que esa tercera parte de que los padres pueden disponer en beneficio de sus hijos, es á lo que se llama mejora. Nosotros creemos que podía haberse dicho algo más, toda vez que según preceptos anteriormente comentados, no sólo pueden los padres disponer de esa tercera parte de los bienes, sino de mayor cantidad, ya que según el art. 808 de este mismo Código, constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre ó la madre, reservándose estos la otra tercera parte como de libre disposición, y que el segundo apartado de dicho artículo faculta á esos mismos padres para disponer de una de esas dos partes que forman la legítima, á fin de aplicarla como mejora á sus hijos y descendientes legítimos; de modo que realmente la legítima en tal caso queda reducida á una tercera parte, y los padres pueden disponer entonces de una tercera parte como libre, y de otra tercera para aplicarla á mejoras; más como es de presumir, que, no estando vedado como no está, puedan disponer los padres como mejoras, no sólo de la tercera parte destinada á ellos por la ley, sino de la otra tercera parte de libre disposición, de aquí el que sustentemos que realmente las mejoras pueden consistir en algo más de una tercera parte de la herencia si así pluguiera á los padres.

Nosotros la hubiéramos definido, diciendo que la mejora de que trata el artículo que comentamos, es la parte de bienes que los padres detraen de la legítima de los hijos para aplicarla en beneficio de alguno de sus mismos hijos ó de sus descendientes, ya limitada al tercio herencial que la ley reserva



para ello, ya adicionada con la porción que expontánea y libremente el padre asigna de la parte de sus bienes de libre disposición; si bien en cuanto á esta, no es aplicable la disposición del art. 824.

Sin insistir en que veamos el origen de las mejoras en el Fuero Juzgo; sin decir una palabra más acerca de su historia y diferentes vicisitudes, sin recordar siquiera lo que los Fueros Municipales, el Fuero de Cuenca, el de Alcalá, el de Fuentes, las Cortes de Najera, el Fuero viejo de Castilla, la ley 214 del Libro del Estilo, y las Partidas dispusieron acerca de las mejoras; ya defínase tal institución como indicado queda, ya se considere que debe entenderse por mejora la porción de bienes que los padres y demás parientes dejan á alguno ó algunos de entre sus hijos ó descendientes además de la legítima, no hemos de detenernos á efectuar un examen histórico jurídico de la misma, pues no es labor esta apropósito de la obra que nos ocupa, ni á nada práctico conduciría.

De los Proyectos de Código, no hemos de hacer mención por considerarlos como concordantes con nuestro Código, pues si bien el de 1882, en su art. 808, presenta alguna analogía, no tiene semejanza alguna lo que proponía el artículo 651 del Proyecto de 1851, puesto que según éste, la mejora podía consistir en el duplo de la legítima que á cada descendiente correspondía; y el art. 809 del de 1882, proponía preceptos por los que venían á quedar derogadas las prescripciones de las leyes 11, tít. 4.°, Part 6.ª, y 11, tít. 6.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación, respecto de las mejoras.

Tiene sus concordancias en los arts. 919 del Código Francés; 3605 del de la República Argentina, 855 del de Uruguay, 919 del de Bélgica, 839 del de Guatemala; apartado segundo, caso 2.° del art. 1184 y art. 1195 del de Chile; 3515 y 3516 de los de México y Campeche; 967 del de Veracruz-Llave; y apartado segundo, caso 2.° del art. 1242 y art. 1253 del Código de Colómbia.

Art. 824. No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios ó de sus descendientes.

Muy oportunamente prohíbese aquí la imposición de otros gravámenes á las mejoras que los que pudieran establecerse en favor de los herederos legitimarios ó sus descendientes, porque deduciéndose la mejora de la legítima de los hijos, cuantas cargas se impusieren á la mejora en beneficio de extraños, amenguarían la legítima, conculcando los principios que el Código sustenta acerca de la fijación de la legítima y de la prohibición de disminuirla bajo pretexto alguno. Deja sin efecto este artículo los preceptos de la ley 27 de Toro, y de la ley 11, tít. 6.°, libro 10 de la Novísima Recopilación en que se permitía establecer vinculaciones perpétuas sobre los bienes de las mejoras, bajo el nombre de gravamen, sustitución y fideicomiso. Mas, no es nueva la teoría por este Có-



digo sustentada sobre el particular, pues ya el art. 14 de la ley de 27 de Septiembre de 1820 prohibia imponer gravamenes perpétuos, arrancando así al despojante la facultad que le habia concedido la Novisima en su ley 12, tit. 17, libro 10, y hacia que el mejoramiento no aniquilase los de sus herederos legitimarios con esas perpétuas cargas que ya hoy está vedado imponer por considerarlas atentatorias ó contrarias á la libertad de la propiedad.

Tanto el Proyecto de Código de 1851, en su art. 655, como el de 1882, en su art. 809, proponian preceptos análogos; y concordancias encontramos en el articulo 1195 del Código de Chile, 1253 del Código de Colombia, y algunos otros códigos, guardando gran relación con lo que prescriben los arts. 807 al 809 del Código que comentamos.

Art. 825. Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.

El precepto de este articulo da á entender bien claramente que las mejoras han de ser expresas, puesto que se previene que cualquier donación entre vivos, hecha á favor de herederos forzosos no debe reputarse *mejora* mientras no se declare expresamente que la voluntad del testador ha sido *mejorar*, lo cual no deja de contrariar el precepto de la ley 26 de Toro; pero conforme está con lo que preceptúa el art. 841 del Código de Guatemala, que previene que no hay mejora si no es expresa, y es hecha en testamento, sin que pueda haberla en las sucesiones intestadas.

La razón es obvia: si lo dado por el ascendiente ha de colacíonarse en su dia, no siendo las mejoras colacionables, tanto por su manera de ser, como por que son hijas de la última voluntad del hombre, como porque se deducen precisamente después de computar los bienes colacionables, y habida en cuenta la legitima proporcional de los herederos forzosos, evidente es que ninguna donación entre vivos puede reputarse como mejora, mientras asi no se determine expresamente. De lo contrario, teniendo por mejora cualquiera donación entre vivos se perjudicaria á los herederos legitimarios, y por ello se obliga á la precisión, y expresa determinación de la mejora dentro de la libertad del testador.

El Proyecto de 1851 variaba algún tanto el concepto expresado en nuestro Código, pues en su art. 657 se contenia un segundo apartado proponiendo que para ser válida la declaración habia de expresarse si la mejora se hacia en la parte disponible á favor de extraños, ó en la parte de la legitima disponible entre hijos, ó en ambas, lo cual no dejaba de ser muy atinado, por cuanto si, según hemos insistido en sostener, no es sólo la mitad de la porción correspon-

diente á la legitima ó sea una tercera parte de la herencia, la de que puede disponer el testador para mejorar á alguno ó algunos de sus hijos, sino que también de la otra tercera parte de libre disposición, bueno seria que se le hubiese obligado al testador á expresar cuanto aquel Proyecto proponia.

El Proyecto de 1882, en su art. 810, propuso un precepto exactamente igual en la esencia al art. 825 que de nuestro Código comentamos, el cual guarda perfecta relación con los arts. 618 al 623, 807 y 819 de este mismo Código, concordando con los arts. 843 del de Guatemala, 1198 del de Chile, 3517 del de México, 3517 del Código de Campeche y 1256 del de Colombia.

Art. 826. La promesa de mejorar ó no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.

La disposición del testador contraria á la promesa no producirá efecto.

Hé aquí un articulo que aún cuando parece contradictorio con el anterior, no lo es realmente, al menos siempre que haya en esa promesa solemne la expresión terminante de la mejora; pero el último apartado de este articulo parece que destruye la revocabilidad del testamento, puesto que, reconocida como ambulatoria la voluntad del hombre hasta la muerte, desde el momento en que ha de prevalecer la promesa hecha de mejorar en escritura pública, sobre la última voluntad en contrario demostrada por el testador en su último testamento, queda coartada esa última voluntad, y bajo esa promesa originarse pueden grandisimos perjuicios á los demás hijos.

Esto viene á destruir la fuerza y vigor de varias disposiciones reproducidas en la Ley 6.ª, tit. 3.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación en virtud de las que no se podia mejorar á los hijos con motivo del matrimonio, pues con una escritura de promesa de tal mejora queda por tierra el expresado mejoramiento.

Y abusos grandes ha de haber; pues ya por vanidad, ya por realizar un buen contrato matrimonial, se prometerá más de lo que debe prometerse, y con esas promesas se perjudicará tanto á los demás hijos como con las mismas mejoras antes prohibidas.

Los Proyectos de 1851 y 1882, no estaban del todo conformes en cuanto propusieron sobre este extremo, pues mientras el primero en su art. 658 tenia por equivalente á una *mejora* toda promesa de mejorar hecha por causa onerosa en escritura pública, expresando en ella si la mejora es de la parte disponible á favor de los extraños, ó de la legitima disponible entre hijos, ó entre ambos; el segundo Proyecto en su art. 811, parece ha servido de pauta al articulo que de nuestro Código comentamos. En cuanto al segundo apartado del articulo que nos ocupa, ó sea el que se refiere á que la disposición contraria á la promesa no producirá efecto, están conformes los anteriores Proyectos.

Concuerda nuestro Código en este particular con el art. 3518 de los Códigos de México y Campeche, coincidiendo estos, hasta en su articulado, pues el primero de los citados previene que la promesa de mejorar en cosa determinada ó en alguna cantidad, hecha por escritura pública, y aceptada por aquél á quien se hace, equivale á mejora; pero no vemos esa misma concordancia que algunos publicistas ven entre el último apartado de nuestro art. 826, según el cual no producirán efecto las disposiciones del testador contrarias á la promesa de mejorar ó de no mejorar, y lo prescrito en el art. 3519 de los Códigos antes citados de México y Campeche, en que se determina que si la promesa fuera de no mejorar, y se hiciera en escritura pública, será nula toda mejora hecha en contravención á ella

Tampoco vemos concordancia entre el art. 826 que de nuestro Código comentamos y el art. 842 del Código de Guatemala, pues por más que algunos escritores les consideren como concordantes, se vé entre ellos la mayor de las discordancias, toda vez que en Guatemala no se considera válida ninguna promesa de mejora.

Los Códigos de Colombia y de Chile en sus arts. 1263 y 1204 respectivamente, sostienen la validez de la promesa de no donar por acto entre vivos ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras.

Art. 827. La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, á menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso celebrado con un tercero.

Viene aquí dándosele á la mejora un carácter de revocabilidad cuando parte solamente del testamento, hasta el extremo de que aún hecha ya con entrega de bienes, (anticipadamente debe ser, pues no se concibe la mejora en testamento hecha con entrega de bienes de otra suerte,) puede ser revocada; y sólo pierde ese carácter de las últimas voluntades, sólo desaparece en ella la revocabilidad, cuando se haya hecho por capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso celebrado con un tercero. Esto, en nuestro concepto, contraría algún tanto la primera parte del precepto del art. 825, en que parece sentarse el principio de no tener como mejora las donaciones entre vivos, ya sean simples ya onerosas, hechas en favor de los hijos y descendientes; si bien en el mismo artículo, después de sentar esa regla general, se hace la salvedad del caso en que el donante haya declarado de una manera expresa su decisiva voluntad. De manera que con tal excepción que envolverá las más veces la regla general, y con el precepto del artículo que al presente comentamos, tenemos como dogma jurídico sentado ya, que las mejoras pueden hacerse lo mismo por contrato entre vivos, que por donaciones, que por testamento, que por capitu-

laciones matrimoniales, con tal que se hagan de un modo expreso y determinado; y que la mejora hecha en tales maneras es válida, como es válida en España la promesa de mejorar ó no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales, sin que contra esta promesa afirmativa ó negativa, pueda prevalecer disposición alguna del testador en contrario.

Nada propuso el Proyecto de 1851, sobre la revocabilidad de las mejoras; si bien el Proyecto de 1882 en su articulo 812, vino á proponer preceptos enteramente conformes con los consignados en el art. 827 que de nuestro Código ahora nos ocupa, cuyos preceptos no se hallan del todo conformes á los establecidos en la Ley 17 de Toro, ó sea la 1.ª, tit. 6.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación, donde sólo se establecen cuatro casos de revocabilidad de las mejoras.

No encontramos verdaderas concordancias en los Códigos extranjeros, ni vemos congruencia entre lo establecido en este articulo y lo que determina el anterior, puesto que dá más carácter de irrevocabilidad á las promesas de mejorar ó no mejorar, que á las mismas mejoras, y se desnaturaliza la condición de la mejora que debe, como el testamento, ser revocable, y reconocer en él su único origen: lo demás es confundir las últimas voluntades con los contratos entrevivos, y darles un carácter que no tienen las verdaderas mejoras.

Sin testamento no puede ni debe haber mejoras; las capitulaciones matrimoniales no deben tener un doble carácter de contratos entre vivos, y disposiciones testamentarias: por consiguiente, no debia haber otras mejoras que las que en testamento se hicieran, mucho más cuando su cuantia depende de la legitima, y cuando una y otra puede variar según el resultado del acervo común. Sin embargo, en Cataluña principalmente vemos lo contrario.

Art. 828. La manda ó legado hecho por el testador á uno de los hijos ó descendientes, no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, ó cuando no quepa en la parte libre.

Mas razonable y lógico es el precepto de este articulo, que los contenidos en los anteriores, prescindiendo de que aqui se conceptúan la manda ó legado como sinónimo á pesar de lo que algunos publicistas han expuesto para diferenciarlos. No es posible que se repute como *mejora* toda manda ó legado que el testador hiciere á sus hijos ó descendientes mientras expresamente asi no se determine que es su voluntad de *mejorar*. No es posible tampoco que una manda se conceptúe legado ó manda cuando no quepa su cuantia dentro del tercio disponible: por lo menos cuanto exceda de ese tercio debe conceptuarse como mejora, y no bajo otro aspecto podrá mirarse.

Necesario seria un mayor detenimiento, un más largo espacio de tiempo

de que no disponemos, para fijar bien los términos de este artículo, que en discordancia está con lo que se propuso por los Proyectos de 1851 y 1882, en sus artículos 659 y 813 respectivamente, pero algo hemos de exponer aunque ligeramente sea acerca del verdadero sentido que nosotros creemos debe dársele.

En primer lugar es preciso hacer constar que en el rigor de la acepción técnica, no es lo mismo manda que legado; pues aunque se prescinda de qué haciendo un estudio jurídico legal de la palabra manda y de la palabra legado, la primera sólo se refiere á lo que especialmente se deja á uno de los herederos, bien legítimo ó no, mientras que legado es lo que de un modo determinado se deja á otro á quien la ley no obliga á transferir parte alguna de los bienes herenciales; prescindiendo tambien de que la palabra legado entre los romanos sirvió para designar toda disposición testamentaria como se deduce de la fórmula explicada por Pomponio, acerca del *uti legassit etc., etc.*; aunque hagamos caso omiso de todo cuanto en el Digesto y en las Partidas se lee relativamente á las mandas y á los legados, si será preciso significar siquiera lo que por legado se entiende técnicamente hablando, que no es otra cosa que una manera de donación que el testador deja en testamento ó en codicilo por hacer algo en beneficio de aquel á quien se deja sin atender á la condición ni clase de la persona ni mucho menos tener en cuenta vínculo alguno de parentesco: mientras que la manda, si bien parece una donación *mortis causa*, no es idéntica al legado, y se reduce á una extensión más limitada que aquél, puesto que necesariamente habia de recaer en uno de los herederos del testador, bien fuese legitimario, bien de otra clase.

Ya hemos indicado lo que los Proyectos de Código civil propusieron respecto de este particular; y lejos de sostenerse allí la determinación de la mejora, venian á sentarse presunciones que serán más ó menos aceptadas, pero que están en contradicción con el precepto de este mismo Código, en que se ordena que las mejoras no sean jamás indeterminadas. Por eso creemos más acertado que en absoluto debe sentarse el principio de que los legados no pueden considerarse como mejoras mientras como tales no se designen por el testador.

Concordancias encontramos entre el art. 828 que de nuestro Código comentamos, y el art. 841 del Código de Guatemala; sin que veamos más que alguna ligera analogía en los arts. 919 del Código de Francia, 1118 del de Chile y 919 del de Bélgica; mientras que los Códigos de México y Campeche, que algunos citan como concordantes, son verdaderas discordancias del artículo que de nuestro Código nos ocupa, lo cual se comprende perfectamente sin más que leer el artículo 3520 de cualquiera de dichos dos Códigos que, dicen así: *El aumento que el testador hace á la legítima de alguno de los herederos forzosos, se reputará mejora, aun cuando en el testamento no se le diese ese nombre*; lo mismo que el art. 974 del Código de Veracruz-Llave.



Art. 829. La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado á la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico á los demás interesados.

Nosotros creemos que la mejora debe señalarse siempre expresamente, y puede hacerse en cosa determinada. Si el valor de la cosa determinada en que la mejora consista, excediere del tercio de los bienes herenciales, destinados á mejoras y de la parte que por legitima correspondiera al mejorado, éste deberá abonar la diferencia en metálico á los demás interesados.

Esto no puede ser más lógico. Si de las tres partes en que se divide la herencia, una es la que puede disponer libremente el testador, esa parte dedicarse puede á legados, pero también puede dedicarla á mejoras, como la parte destinada precisamente á mejoras, ha de entenderse necesariamente como tal mejora. Es decir, que si los bienes herenciales ascienden á 30.000 duros, y se saca el tercio, ó sean 10.000 duros, que es de lo que libremente puede disponer el testador, y además se deduce otro tercio para mejoras, quedarán como legitima 10.000 duros, y como capital reservado para mejora otros 10.000; pues bien, suponiendo que son dos los hijos que tienen derecho á legitima, corresponderán 5.000 duros á cada uno de los hijos, y si el padre al testar deja á uno de sus dos hijos como manda, ó prelegado según algunos autores, una finca que valga 16.000 duros, el agraciado tendrá que abonar en dinero al otro heredero legitimario 1.000 duros, ó sea el exceso del tercio destinado á mejora (10.000) y de la legitima que á él le correspondia (5.000), para que de este modo le quede sin merma alguna su parte legitimaria al no mejorado, ó sean sus 5.000 duros correspondientes, y el testador pueda disponer del otro tercio libre.

El Proyecto de Código de 1851, proponia que el que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que su valor no exceda de la medida legal de dicha mejora; y el Proyecto de 1882, en su art. 814, proponia lo mismo que propone hoy nuestro Código, si bien añadia al valor del tercio de mejora, y al de la legitima el de otro tercio disponible; mas esto debe entenderse ya aun cuando nada se dijese sobre el particular y así lo hemos indicado anteriormente; porque si de este tercio puede disponer libremente entre extraños, mejor podrá disponer entre sus herederos legítimos.

Hay quien encuentra relación entre el precepto que nos ocupa y la Ley 19 de Toro, consignada en la Ley 3.ª, tit. 6.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, como realmente la tiene con los arts. 821 y 824 de este mismo Código.

Concordancias ven algunos entre el articulo que de nuestro Código nos ocupa y el art. 856 del Código de Uruguay, pero realmente no existe ninguna, puesto que en éste se dice que la legitima rigurosa no admite gravamen, condicion ni sustitución de ninguna especie: el que realmente tiene analogia con

el precepto que nos ocupa, es el art. 844 del Código de Guatemala, que previene que el exceso de cualquier mejora, sobre la tasa legal, se devuelva á la masa hereditaria para el aumento de las legítimas; mientras que los arts. 3521 del Código de México, 976 del de Veracruz-Llave, y 3521 del de Campeche previenen que el que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, y es válida siempre que el valor de ésta no exceda de la medida legal de dicha mejora.

El Código de Chile deja en libertad al heredero mejorado para hacer la devolución de lo correspondiente en dinero ó en especie, según más le conviniere; y algunos otros Códigos extranjeros hacen ligeras indicaciones sobre el mismo punto, sin determinar cosa alguna en la forma que lo efectúa nuestro Código.

Art. 830. La facultad de mejorar no puede encomendarse á otro.

De la misma manera que hemos dicho que la facultad de testar es personalísima, el Código viene á preceptuar en este artículo, que la facultad de mejorar no puede cometerse por otro; es decir, que es tan personalísima como la testamentifacción; y aun que las leyes de Toro reconocían los comisarios testamentarios, es lo cierto que alguna de ellas, la 31 si mal no recordamos, contiene igual ó análogo precepto que el artículo que de nuestro Código nos ocupa, como puede verse también en la Ley 1.ª, tít. 19, lib. 10 de la Novísima Recopilación, donde fué transcrito tal precepto.

El Proyecto de 1851, en su art. 662, como el de 1882, en su art. 815, propusieron preceptos análogos, y alguna analogía encontramos en el art. 857 del Código de Uruguay, en el 839 del de Guatemala, viéndose verdaderas concordancias en el 3523 del de Campeche, 977 del de Veracruz-Llave, y 3523 del de México.

Art. 831. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, á su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.

Los preceptos que envuelve este artículo, son más bien de derecho foral que de derecho común, es decir, están tomados principalmente de lo que la costumbre ha sostenido en Cataluña, haciendo, al otorgar capitulaciones matrimoniales, verdaderos heredamientos y disposiciones tales respecto de la transferencia y colocación de sus bienes para el porvenir, que muchas veces hacen innecesarios los testamentos.

Con tales precedentes fácil era que uno de los cónyuges muriese intestado, y para este caso venia proveyéndose todo lo necesario, á fin de evitar tal abintestato y los gastos que lleva consigo un juicio de testamentaria, más bien que por ley determinada, por la costumbre en este y en otros paises aforados, admitiéndose todos los pactos indispensables al fin indicado: asi es que en la mayor parte de las capitulaciones matrimoniales de este pais, se consignaba que muerto uno de los cónyuges sin haber otorgado testamento, el sobreviviente tendria derecho á elegir heredero ó herederos entre sus hijos, en la forma y condiciones que estimare conveniente; siendo los efectos de este pacto iguales á los de la cláusula testamentaria de elección de herederos de que se trata con relación á las sucesiones en general; y por consiguiente, venian también á establecerse pactos sobre este particular de las mejoras que á pesar de su carácter personalisimo puede hacerlas el viudo ó viuda que no contrae segundas nupcias, absorviendo las facultades que el premuerto tuviere y disponiendo en representación de aquél y por derecho propio á su prudente arbitrio, de los bienes de ambos, mejorando á los hijos legitimos comunes, sin perjuicio de las legitimas y de las mejoras que el cónyuge fallecido hubiere efectuado durante su vida. De modo que á pesar de la tendencia á la libertad de testar que en todas las regiones aforadas se nota, y de que las legitimas son cuasi ilusorias, venia á darse con estas medidas un mayor prestigio á la autoridad paterna, y contribuian en gran manera tales disposiciones, á que el cónyuge superstite rigiese la familia con la misma autoridad que se habia venido rigiendo durante la vida del premuerto y con la cooperación de ambos cónyuges..

Tanto el Proyecto de Código de 1851, como el Proyecto de 1882 respectivamente, en sus arts. 663 y 816, propusieron preceptos análogos; y en relación está el articulo que ahora comentamos con los arts. 808, 1316, 1321 y 1322 de éste mismo Código, teniendo alguna analogía con los arts. 1082 del Código de Francia, y 1082 del Código Belga.

Art. 832. Cuando la mejora no hubiese sido señalada en cosa determinada, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los arts. 1061 y 1062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de los bienes.

Asi como el art. 829 se ocupa de la mejora señalada en cosa determinada, era necesario que otro precepto viniera á ocuparse de la mejora que no hubiere sido designada en una cosa especial; y este artículo precisamente es el 832, que ahora nos ocupa, el cual obedece á los principios más esenciales de equidad y de justicia, y tiende á equilibrar la proporcionalidad en la partición de los bienes herenciales; así es que no podemos encontrar cosa más natural,

equitativa y justa que la de que se pague de los bienes hereditarios la mejora que no consistiere en una cosa determinada en cuanto no exceda de la cantidad señalada para ello, y que para llevar á efecto tal precepto se tengan en cuenta las reglas de los artículos en el texto señalados, procurando guardar la mayor igualdad posible, adjudicando al mejorado cosas de la misma naturaleza, calidad y especie que las que se adjudiquen á los demás coherederos con los abonos correspondientes si algo excediere la cosa adjudicada del valor de la mejora ó viceversa, y pudiendo pedir la venta de algunos de los bienes herenciales, si sin perjuicio de persona alguna pudiera dar un mejor resultado.

Los Proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus arts. 664 y 817, respectivamente, propusieron preceptos análogos; y si bien el precepto que nos ocupa es contrario al espíritu que dominaba en el Digesto, coincide con lo prescrito en la Ley 20 de Toro, que transcrita queda en la ley 4.ª, tít. 6.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación; y concuerda con lo que previene el art. 3522 del Código de México, el 978 del Código de Veracruz-Llave y el 3522 del Código de Campeche.

Art. 833. El hijo ó descendiente legítimo mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora.

Este precepto, que á primera vista puede sorprender á cualquiera, es tan natural y lógico que casi no necesita explicación, y no es nuevo en nuestra patria, pues tanto las Leyes de Toro, como la Novísima Recopilación, sustentaban el mismo principio, lo cual tiene una explicación muy satisfactoria, pues esa facultad ha de dársele necesariamente al mejorado, para que así resulte con verdadero beneficio, toda vez que la aceptación de la mejora no le obliga á nada, y el aceptar la herencia puede obligarle á responder de las cargas de la misma; pero realmente haciéndose el acervo común de los bienes herenciales y pagándose las deudas ante todo, éstas no han de recaer luego sobre los bienes legitimarios; así es que, en nuestro concepto, los herederos legitimarios realmente no deberían sufrir perjuicio alguno por la adición de la herencia, puesto que la parte que se les proporciona y transfiere es la que por la ley se reserva de los bienes de la herencia; y como sin legítima no puede haber mejora, y ésta depende de aquélla, de aquí que en nuestro concepto no sea necesaria la aceptación de la mejora y la renuncia de la herencia para que el hijo mejorado deje de sufrir perjuicio alguno.

Los Proyectos de Código de 1851 y de 1882, el primero en su art. 665 y el segundo en su art. 818, propusieron preceptos algún tanto diferentes al que contiene el artículo que ahora nos ocupa, puesto que sólo proponían el otorgamiento de esa facultad cuando la mejora fuese hecha por acto entrevivos.

Precedentes hemos indicado ya se encuentran en la Ley 21 de Toro, ó sea

Ley 5.ª, tít. 6.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en la cual se prefijaba también la forma de pagar las deudas del testador antes de deducirse la mejora; y en relación parece encontrarse el precepto del artículo que comentamos con otros varios de este mismo Código, entre ellos los arts. 659, 988 al 992, 995 al 997 y 1001, sin que puedan traerse aquí concordancias con los Códigos extranjeros, pues no se ocupan de este particular determinadamente ó en preceptos aislados.

SECCIÓN SÉPTIMA

DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO

Art. 834. El viudo ó viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho á una cuota, en usufructo, igual á la que por legítima corresponda á cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos no mejorados.

Si no quedare más que un solo hijo ó descendiente, el viudo ó viuda tendrá el usufructo del tercio destinado á mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que por fallecimiento del cónyuge superstite se consolide en él el dominio.

Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito.

Si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado perdón ó reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.

Bajo esta sección, vemos que, con el epígrafe de derechos del cónyuge viudo, trátase de lo que verdaderamente en algunas regiones de nuestra patria se conoce con el nombre de viudedad foral.

Algunos escritores, equivocadamente, la llaman legítima foral, sin duda porque desconocen la verdadera texitura de nuestros Fueros, pues en la mayor parte no hay legítima, ó si aparece haberla es ilusoria; pues ilusorios son hoy cinco sueldos febles ó jaqueses por bienes muebles, y cinco expuertas de tierra en bienes comunes por inmuebles en que consiste la legítima en Aragón; como ilusoria es la legítima de Navarra, consistente en cinco sueldos carlines y sendas robadas de tierra en montes comunes.

Ya al tratar de las legítimas ante el derecho foral, como al ocuparnos de la viudedad foral, diremos lo más esencial de lo que sobre tan delicadas materias se sostiene todavía en nuestras regiones aforadas, de las cuales indudable-

mente ha tomado cuanto sobre los derechos del viudo se preceptúa en esta sección.

El cónyuge viudo ó viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, tiene derecho al usufructo de una porción de bienes igual á la que por legítima corresponda á cada uno de sus hijos ó descendientes legitimos no mejorados. Nada más natural que esto; nada que más fortifique la autoridad el padre ó la madre, que al tener la desgracia de perder á su consorte, pueda al menos equipararse á uno de sus hijos en la participación de los bienes del premuerto, mucho más, si el que sobrevive no era el de mejor posición de los dos cónyuges, pues desgraciadamente la sociedad se halla en tales condiciones, que el valor de las personas y su representación, se mide más por el caudal de que dispone que por sus virtudes; y aunque no seamos partidarios de ese servilismo al dinero que todo lo negocia, y, sino sanciona descaradamente, cubre hasta las acciones más contrarias á la moral y al derecho, mirando el asunto bajo el aspecto de las necesidades sociales, de la atención y reconocimiento que por parte de la familia se merece siempre y debe merecerse el cónyuge sobreviviente, bastaría esto para que tuviesen sólido fundamento los derechos que en este Código se otorgan al cónyuge viudo. En Aragón vá más allá la viudedad foral; allí el viudo tiene el usufructo en todos los bienes del premuerto mientras permanece en viudez; bien es verdad, que como no hay legítima puede ser más extensa esa viudedad foral, según en otro lugar indicamos.

Fijado ya el derecho del cónyuge viudo en el usufructo de una parte igual á la legitima que corresponda á cada uno de los hijos no mejorados, hay que tener presente que esos mismos derechos se otorgan al cónyuge viudo, cuando, si estuviere separado ó divorciado del premuerto, fuese por culpa de éste; pues el legislador tiende á establecer los derechos del art. 834, tanto para los que viven en la familia como para los que tienen la desgracia de separarse de ella por causas independientes de la voluntad del viudo: así es que para este caso, si la separación se hubiere efectuado teniendo pendiente la demanda de divorcio, se esperará el resultado definitivo del pleito para determinar si ha de recibir ó no el usufructo de esa parte proporcional de la herencia á que antes nos hemos referido; y si antes ó después de la terminación del pleito mediase perdón ó reconciliación entre los cónyuges, separados ó divorciados, el sobreviviente conservará los derechos que concede al viudo ó viuda el artículo que comentamos: pero no solo puede suceder el caso de que en el matrimonio haya varios hijos, sino que pudiera quedar tan sólo un hijo ó descendiente, y entonces el viudo ó la viuda tiene derecho al usufructo del tercio destinado por la ley á mejoras, conservando el único descendiente la nuda propiedad ó el dominio directo de aquel tercio, y disfrutando el viudo durante su vida el dominio útil ó sea el usufructo de la misma porción, hasta que llegado el fallecimiento de dicho cónyuge se consolidará el dominio directo y útil en el descendiente indicado.

Todas estas medidas previsoras para evitar la indigencia de uno de los cónyuges las presenta el legislador fundado, indudablemente, en la presunción que debe sostenerse siempre de cuánto y cuán sinceramente han de estimarse los cónyuges, y cuánto y cuán expontáneamente habian de procurarse en la vida el mútuo socorro de ambos; siendo contrario á la propia dignidad y á la dignidad de la familia el permitir que el padre ó la madre al entrar en viudez carezcan de los recursos necesarios para atender á su subsistencia y sostener con decoro el nombre de la familia á que dieron origen.

Nada hemos de decir de las diferentes vicisitudes porque ha pasado la viudez en distintos paises, ni mucho menos de lo injusto y falto de lógica que fué el derecho romano para dicho estado social, pues tratándose de las viudas sobre todo, como quiera que la mujer era considerada en aquel pais como una mera cosa, no es de extrañar que en los primeros tiempos del derecho romano la mujer no fuese jamás llamada á la sucesión de su marido, como no lo fué tampoco (llegando al absurdo de lo razonable) cuando considerada como hija de familia y sometida à la potestad de su marido, llegó á fundarse la sucesión en el vinculo civil de la agnación.

Más lógico y más humano y sobre todo más conforme á la razón y al derecho, Justiniano en una de sus Novelas ordenó que la viuda pobre que careciese de los medios necesarios de subsistencia, recibiese á titulo de herencia legitima la cuarta parte de los bienes de su marido, á no ser que éste le hubiere dejado bajo cualquier concepto alguna parte de la herencia para vivir honestamente y con el desahogo que ordinariamente viviera, de cuyo precepto debió tomar nuestra Ley de Partida la cuarta marital, que más tarde el Tribunal Supremo consideró como una deuda legal que debian los bienes del marido en concepto de alimentos á la mujer; mas, esto no dignificaba la viudez por cuanto parecia prestarse más bien á una conmiseración que al derecho que por la naturaleza deben tener los cónyuges, cualquiera que sea su sexo, á no perecer el dia que lleguen á la vida del aislamiento producido por la muerte de uno de ellos; al dia en que les falte ese mútuo apoyo que se fija como uno de los requisitos indispensables de la elevada institución del matrimonio.

No son pocos los Códigos modernos que sostienen el mantenimiento de la cuarta marital para atender á las necesidades, no ya de la viuda como sucedia en Roma con posterioridad á la Novela 117 de Justiniano, sino en favor de cualquiera de los cónyuges, y, por consiguiente, sin que haya en ello una copia servil del derecho romano, como algunos escritores pretenden, se establece una medida de decoro; pues lo que realmente se ve en los Códigos de los pueblos civilizados es una tendencia marcadisima á reconocer en el viudo ó viuda un derecho perfecto, no á la legitima como supone algún publicista, (pues si así fuese no lo reconocerian ciertos Códigos que niegan la legitima), sino al disfrute durante su vida de una parte proporcional á los haberes de la herencia.

Tampoco es exacto que nuestro Código se haya inspirado en el Italiano y haya dejado de atender á cuanto se inició en el Decreto de 2 de Febrero de 1880 y en la Base 17 de la Ley de 11 de Mayo de 1888; pues aun cuando no se le haya llamado viudedad ó usufructo foral, como se le llama en Aragón y en Navarra, es evidente que ha llenado los fines de dicha institución sustentada en aquellos paises forales, tendiendo á vigorizar el espíritu de familia y á sostener por derecho propio lo que en Aragón y en Navarra por derecho propio se sostiene sobre este particular; si bien lo ha hecho modificando en la parte conveniente los preceptos de tales Fueros y dando la más técnica forma posible al desarrollo del pensamiento que en la citada base 17 de la Ley de 11 de Mayo de 1888 se inició, pues basta leer esa base, y la sección que al presente comentamos, para comprender perfectamente la relación armónica que entre una y otras disposiciones existe: de otro modo no pudiera compaginarse la idea sustentada en aquella base, en la que se previene sencillamente y sin pompa de ningún género, que se estableciera á favor del viudo ó viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo á una cuota igual á lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo.

De manera que en esto se ve que el legislador, aceptando lo mejor de nuestro derecho foral, lo ha traido á este Código con las modificaciones necesarias para evitar un mal á los hijos en beneficio del padre ó la madre viuda, y ha encontrado lo más razonable para conseguir tal objeto, que, en vez de conceder como se concede en Aragón al viudo el usufructo en todos los bienes del premuerto, (siendo la nuda propiedad de los hijos que según su estado podrian perecer si no vivieran en familia apesar de la parte que les correspondiera en la herencia), se otorga aquí dicho usufructo en una parte igual á la legítima de cada uno de los hijos, y llega á cohonestar de cierta manera la existencia del viudo con la de sus descendientes, conciliándose los intereses de unos y otros con el perfecto derecho que á cada uno se le otorga en los bienes herenciales.

Los Proyectos de Código no se ocuparon aquí como de ordinario con la relación que entre ambos se observa siempre, pues mientras el de 1851 prescindió por completo de tal teoría, el de 1882 en sus arts. 819 al 823 y 825, propuso preceptos análogos á los que contiene la sección que de este Código al presente nos ocupa.

Precedentes, tales cuales en rigor deben llamarse precedentes, sólo en los Fueros y en las Observancias de Aragón, Fueros 1.° de *Jure Dotium* y 1.° de *Alimentis*, Obs. 39 y 59 de *Jure Dotium*, y en el Fuero de Navarra, cap. 3.°, título 2.° del Fuero y Ley 1.ª, tít. 14, lib. 3.° de su Recopilación, se ven verdaderos antecedentes, pues aún cuando algunos publicistas consideran como tales los preceptos consignados en el capítulo 5.° de la Novela 117, y los que com-

prende la Ley 7.ª, tit. 13, Part. 6.ª, como quiera que en tales disposiciones sólo se concede á la viuda pobre la cuarta marital en concepto de alimentos, no excediendo de cien libras de oro que algunos equiparan á la cantidad de 121,976 reales y 16 maravedises, mientras otros creen que equivale á 102,705 reales y 30 maravedises, como quiera que esta cuota sólo se concede como una prestación especial que más se asemeja á la caridad que á la que procede del derecho, no puede conceptuarse como verdadero antecedente.

De cuanto sobre el particular pueda relacionarse con los Fueros de Cataluña, Vizcaya y demás paises aforados, hemos de hablar en el lugar correspondiente, por lo que omitimos hablar en este lugar.

Concordancias encontramos con el art. 834 que comentamos en varios Códigos extranjeros, citando en primer término el Código de Italia, que en su art. 812 preceptúa que el cónyuge contra quien no exista sentencia de separación personal pasada en autoridad de cosa juzgada, tendrá derecho sobre la herencia del otro cónyuge, cuando éste deje hijos legitimos ó descendientes de éstos, al usufructo de una porción igual á la que corresponda á cada hijo á titulo de legitima, comprendiendo también al esposo en el número de los hijos; y el art. 753 del mismo Código Italiano preceptúa cuanto al cónyuge superstite le corresponde en los bienes del premuerto.

El Código de la República Argentina en su cap. 3.º, tit. 9.º del lib. 4.º que trata de la sucesión de los cónyuges, establece que el cónyuge sobreviviente que haya quedado con hijos, tiene en la sucesión la misma parte que los hijos; á la vez que el art. 3572 previene la sucesión reciproca entre los cónyuges, cuando no han quedado ascendientes ni descendientes; mientras que por los arts. 3574 y 3575 de dicho Código, el cónyuge que estando divorciado por sentencia de Juez competente, hubiese dado causa al divorcio, no tiene ningún derecho de los á que se refieren los articulos anteriormente citados, y que tampoco se suceden reciprocamente entre si los cónyuges si viven separados sin voluntad de unirse ó estándolo provisionalmente por Juez competente. No citamos el art. 3595 porque éste fija la legitima de los cónyuges cuando no existen ascendientes ni descendientes del difunto señalándola en la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto; y en el contenido de este precepto no vemos siquiera remota analogia con el del art. 834 de nuestro Código, que algunos dicen es concordante.

Los Códigos de Francia, Bélgica y Holanda, no conceden ningún derecho al cónyuge superstite habiendo parientes del difunto, si bien establecen la sucesión reciproca entre los cónyuges, á falta de dichos parientes llamados á la sucesión.

El Código de Nápoles dá al cónyuge pobre una porción que no exceda la cuarta parte de las rentas de la herencia, cuando no existan hijos, ósean menos de tres; habiéndolos en número de cuatro ó más, se reduce aquella porción á una parte viril.

El Código de Vaud concede la mitad de la herencia del premuerto al cónyuge sobreviviente, no habiendo descendientes ni ascendientes; reduciendose á la cuarta parte si existe alguno de aquellos.

El Código de Luisiana preceptúa que: *Si la mujer no ha aportado sino una corta dote, ó el esposo que muere es rico y el sobreviviente necesitado, podrá tomar en la herencia un cuarto en propiedad y otro cuarto en usufructo, cuando no queden sino tres hijos. Quedando más de tres hijos, sólo tendrá derecho á una parte en usufructo igual á la de un hijo, y se le imputará en ella lo que haya sido legado por el difunto.*

El Código de Uruguay concuerda con nuestro art. 831 en sus arts. 836, 837 y 843, el primero de los cuales define la porción conyugal, que es la parte que la ley señala al cónyuge sobreviviente para su congrua sustentación; mientras que el segundo confirma el derecho á tal porción al cónyuge divorciado, á menos que por sentencia se haya declarado culpable del divorcio; y en el último señala la cuota de esa porción que es una cuarta de los bienes del difunto en todos los ordenes de sucesión menos en el de los descendientes legítimos, en cuyo caso es contado entre los hijos, recibiendo como porción conyugal la legitima rigurosa de un hijo; sin que sea ajena á este particular la disposición contenida en el párrafo 2.º del primer apartado del art. 988 de dicho Código de Uruguay.

El Código de Guatemala, trata de la 4.ª conyugal, en el párrafo 21 del título 10, lib. 2.º; y en su art. 983 previene que: *la viuda, cuando no es heredera* (según el art. 953), *y carece de lo necesario para vivir, heredará la cuarta parte de los bienes del marido que hubiese muerto con testamento ó sin él*: así como por el art. 984 del mismo Código, *el viudo tiene el mismo derecho á la cuarta parte de los bienes de su mujer, cuando carece de bienes propios para vivir, queda inválido, ó habitualmente enfermo, ó en una edad mayor de setenta años.*

El Código de México al tratar en el cap. 2.º del tit. 5.º de su lib. 4.º, de la porción viudal, dice en su art. 3909 que: *el cónyuge viudo, sean cuales fueren las capitulaciones de su matrimonio disuelto, que se hallase sin medios propios de subsistencia, tendrá derecho á que se le suministren alimentos de los frutos de los bienes que el cónyuge difunto dejáre*: eso mismo preceptúa el art. 3909 del Código de Campeche.

En cambio, el Código de Veracruz-Llave, al tratar del cónyuge supérstite, determina en su art. 1133, que se esté á lo dispuesto en la sección quinta del capítulo 6.º, tit. 1.º, lib. 3.º de aquel mismo Código; y efectivamente, en la mencionada sección 5.ª, art. 986 se preceptúa que: *sino hubiera otra persona,* (de las comprendidas en el art. 955 de aquel Código), *éste heredará todos sus bienes;* y el art. 988 dice que: *cuando hubieren quedado hijos ó descendientes legítimos ó legitimados, el viudo adquirirá una parte igual á la legitima*

de cada uno de los hijos, sino tuviera bienes suficientes para vivir según su estado, en cuyo caso se le administrará sólo lo que falte para que su caudal iguale á la legitima de uno de sus hijos, dándole además el usufructo que le corresponde por razón de la pátria potestad.

El art. 3327 del Código de la Baja California, dice que: *el cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo legítimo, si carece de bienes, ó los que tuviera al abrirse la sucesión no igualaren la porción que á cada hijo legítimo debe corresponder en la herencia.*

Obsérvanse analogías dignas de llamar la atención en los arts. 1172, 1178, y 1178 del Código de Chile, y en otros varios Códigos modernos, en ninguno de los cuales se desatiende la viudez, pues todos se inspiran en los más elevados principios de justicia y de equidad para sostener el rango familiar y evitar el desarrollo de malas pasiones á que la miseria pudiera servir de pretesto.

Art. 835. La porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo deberá sacarse de la tercera parte de los bienes destinada á la mejora de los hijos.

Era preciso que se consignase de donde ha de salir el usufructo de la parte correspondiente al cónyuge viudo, y este articulo viene á preceptuarlo, disponiendo se saque del tercio de los bienes destinados á la mejora de los hijos, sin duda porque, toda vez que se ha de equiparar á lo que uno de los hijos disfruta como legitima, se ha creido oportuno deducirla del caudal de los mismos, en la parte que eventualmente pueda integrarlos ó que á voluntad del testador haya de dedicarse á mejoras, pues de este modo, no se cercena lo que en rigor de derecho constituye la legitima, ni se coarta la libertad del testador para adjudicar libremente á quien le plazca el otro tercio que de libre disposición es por ley.

Ya lo expresó también el Código de Italia en el apartado 2.° de su art. 753: el usufructo del cónyuge supérstite será de una parte igual á la que corresponda á cada hijo legitimo, cuando con hijos de esta clase é hijos naturales concurriere á la herencia; no debiendo exceder de la cuarta parte de la herencia, según el último apartado de dicho articulo; y debiendo satisfacerse en la forma establecida en el art. 819 del mismo Código donde se previene que los herederos tendrán facultad para satisfacer los derechos del cónyuge supérstite, mediante la constitución de renta vitalicia, asignación de frutos ó de capitales hereditarios determinados, etc., etc., conservando sus derechos de usufructo sobre todos los bienes de la herencia hasta que el cónyuge esté satisfecho de lo que le corresponda, para lo cual, sino hubiere un común acuerdo entre los interesados, podrá intervenir la Autoridad judicial; y el artículo 818 del mismo Código Italiano, lejos de estar en esto del todo conforme

con nuestro Código, previene que la porción correspondiente al cónyuge no supondrá disminución de la legítima que corresponda á los descendientes, pero reducirá la parte disponible; y como nosotros entendemos por parte disponible, solamente la de libre disposición, de aquí el que creamos como creemos, que el Código de Italia, al designar la parte disponible para ello, no trata como el nuestro de la porción que puede dedicarse á mejoras, sino de la parte de libre disposición.

Alguna analogía encontramos en los arts. 989 y 995 del Código de Uruguay, y otros Códigos modernos que no citamos porque no vemos la precisión que en el nuestro, cuyo art. 835 se halla en relación con los arts. 808 y 823 del mismo, y parece tomado del art. 820 del Proyecto de 1882.

Art. 836. No dejando el testador descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la tercera parte de la herencia en usufructo.

Este tercio se sacará de la mitad libre, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo.

Este artículo fija una regla distinta de la del artículo anterior, pues mientras en el art. 835 se previene que el usufructo correspondiente al viudo debe deducirse de la tercera parte de los bienes destinada á mejora de los hijos, el art. 836 determina que, la tercera parte de la herencia que en usufructo tiene derecho á percibir el cónyuge sobreviviente cuando concurre á la herencia con los ascendientes, ha de deducirse de la mitad libre, que según el art. 809 de este mismo Código puede disponer el testador, cuando careciendo de descendientes se les asigna como legítima á los ascendientes la mitad del haber hereditario.

Ya en dicho art. 809, al determinarse que de la otra mitad del haber hereditario podrá disponer libremente el testador que no tuviera descendientes, se hace la salvedad de lo que establece el art. 836 que ahora comentamos; pero de todos modos debemos hacer presente que aquí, ó en el caso que nos ocupa, como quiera que no puede haber mejoras para los ascendientes, ó al menos la ley no determina cantidad alguna para ello, con el objeto de no perjudicar esa legítima de los ascendientes consistente en la mitad de los bienes, se cercena y amengua la mitad de libre disposición, puesto que de ella se ordena, ha de hacerse la deducción del tercio de los bienes, en el cual tiene el usufructo el cónyuge sobreviviente; y aunque el apartado último del art. 836 preceptúe que el testador puede disponer de la propiedad de ese mismo tercio, al fin y al cabo no dispondrá más que de la nuda propiedad de aquellos bienes durante la supervivencia del cónyuge que á tal usufructo tiene derecho.

El Proyecto de Código civil de 1882, en su art. 821, proponía un precepto

análogo, como lo propuso también el art. 773 del Proyecto de 1851; encontrándose en relación el artículo que nos ocupa, no sólo con el art. 809 ya citado, sino con los arts. 467, 468, 471, 492 y 987 de este mismo Código.

Concordancias vemos y más que concordancias cierta analogía en los artículos 758 del Código de Austria, 1178 del Código de Chile, 843 del Código de Uruguay, 3571 del Código de la República Argentina, y 813 del Código de Italia; preceptuándose en este último que si el testador no deja descendientes, pero si ascendientes, la parte reservada al cónyuge será el cuarto en usufructo.

Art. 837. Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la mitad de la herencia, también en usufructo.

Aquí viene á determinarse ya que el derecho del viudo, cuando no hubiere descendientes ni ascendientes que con él concurran á la herencia, se eleva al usufructo de la mitad de los bienes herenciales, determinándose así una mayor y más fija cantidad que en los anteriores casos, pues si bien en la concurrencia con ascendientes se fija el tercio para el viudo, cuando concurre con descendientes no puede determinarse de una manera fija el tanto de la herencia de cuyo usufructo ha de gozar, sino que ha de estar en relación con el número de hijos ó descendientes que concurren á la herencia legitimaria y con la cantidad asignada por legítima á cada uno de ellos.

El precepto de este artículo parece una reproducción del art. 822 del Proyecto de Código de 1882, y en concordancia se encuentra con los arts. 843 del Código de Uruguay, y el 1178 del de Chile, ya anteriormente citados; y con el art. 814 del Código de Italia, en el que se prefija sólo el tercio de los bienes en usufructo como cuota destinada á favor del cónyuge *superstite* cuando el testador no deja ascendientes ni descendientes que tengan derecho á la legítima: mientras que el art. 3572 del Código de la República Argentina, siguiendo fielmente hasta cierto punto la Ley 7.ª, tít. 13, Part. 6.ª y recordando como precedentes histórico-legales las disposiciones contenidas en el capítulo 5.º de la Novela 117, preceptúa que si no han quedado descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo á todos los parientes colaterales, salvo los derechos de los hijos naturales; lo cual coloca aquel derecho á cierta distancia de lo prevenido en la Novela antes citada como precedente jurídico, puesto que en ésta se disponía que la viuda pobre ó indotada, cuando le quedaban tres ó menos hijos tuviere el usufructo en la cuarta parte de los bienes del marido: que si los hijos fueren cuatro ó más, el usufructo se reducía á una parte igual á la de cada uno de los hijos: que faltando hijos ó descendientes, la viuda sucedía en la propiedad de la cuarta parte, aunque quedasen ascendientes y hermanos, y que si bien por dicha Novela no gozaba



de este beneficio, el viudo, por la Constitución del emperador León, el viudo ó viuda con hijos que no contrae segundas nupcias hereda con los hijos al cónyuge premuerto, en una parte viril y en propiedad. En cambio los Códigos modernos, en su mayoría, cuando no existen parientes en tan próximo grado que les dé derecho á suceder, determinan que los cónyuges se hereden recíprocamente.

Art. 838. Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia ó los productos de determinados bienes, ó un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo.

Ya hemos dicho anteriormente que en el Código de Italia hay preceptos completamente iguales á los contenidos en el artículo que acabamos de consignar; y para convencerse de ello cualquiera, basta leer lo que previene el art. 819 del Código Italiano, en el que se determina que los herederos tendrán facultad para satisfacer los derechos del cónyuge superstite, mediante la constitución de una renta vitalicia, ó asignándole frutos de bienes inmuebles ó capitales hereditarios determinados, de común acuerdo, y de no existir éste, mediando la autoridad judicial según las circunstancias del caso; previniéndose también que hasta que el cónyuge no esté satisfecho de lo que le corresponda, conservará sus derechos de usufructo sobre todos los bienes de la herencia: todo lo cual creemos más que natural por cuanto siendo uno de los derechos más preferentes el del usufructo del cónyuge que sobrevive al finado, ha de dársele la garantia de conservar sus derechos sobre todos los bienes de la herencia hasta tanto que se le designe la renta vitalicia ó capitales hereditarios que representen la cuota correspondiente en que debe gozar el usufructo.

De manera que el Código de Italia obliga más que el nuestro, en su último apartado aún cuando en lo demás sean casi idénticos, pues si bien en el nuestro se dá como garantia la totalidad de los bienes herenciales para el pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo, el de Italia no se contenta con esto, sino que ejercitando una especie de penalidad sobre los demás interesados para cuando no se pongan de acuerdo acerca la manera de satisfacer los derechos del cónyuge superstite, hace que éste conserve sus derechos de usufructo sobre todos los bienes de la herencia; lo cual ha de servir indudablemente de una especie de acicate para que los herederos no descuiden el

cumplimiento de ese deber de proporcionar al superviviente lo que por usufructo le corresponda.

Art. 839. En el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres.

En este artículo se ve la más palmaria contradicción con lo que previene el art. 835 de este mismo Código, puesto que mientras en aquél se prefija que el usufructo correspondiente al viudo que concurre con hijos á la herencia se deduzca de la tercera parte de los bienes destinada á la mejora de los hijos, en este art. 839, cuando concurre el conyuge viudo de segundas nupcias con otros hijos de dos ó más matrimonios, ha de deducirse del tercio de libre disposición de los padres; lo cual ha debido ser determinado indudablemente para evitar la confusión que resultaría de deducir el usufructo del tercio destinado á mejora de los hijos en una herencia en que realmente habrá tenido que haber varios tipos reguladores del haber hereditario, uno por efecto de lo que resultase del acervo común del cónyuge premuerto en uno de los matrimonios con relación á los hijos habidos de aquel matrimonio, y otro respecto del haber herencial del cónyuge de que procedan los hijos del otro matrimonio; lo cual indudablemente habría de dar lugar á confusión, deduciéndose del precepto de este artículo que el cónyuge vinubo no pierde el derecho de viudedad como lo pierde en Aragón al contraer segundo matrimonio.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 825, proponía un precepto casi idéntico al que de nuestro Código comentamos, sin que encontremos otros precedentes ni veamos verdaderas concordancias con dicha disposición en los Códigos modernos; puesto que nadie sostiene ese derecho de viudedad para aquel que deja la viudez y que no es racional, ni justo, ni equitativo el que empiece á llenar el cumplimiento de nuevas obligaciones que expontáneamente se busca en el segundo matrimonio con lo que del primer cónyuge premuerto se le concede en usufructo para atender al decoro propio y al de la familia anteriormente constituida, y evitar el escándalo que había de producirse necesariamente y el mal efecto que había de hacer el ver que uno de los elementos constituyentes de una familia donde se había vivido con desahogo fuese, por falta de recursos propios, á quedar en la indigencia desde el momento en que tuvo la desgracia de perder á su consorte, y cuando los hijos de ambos pudieran disfrutar de una vida desahogada por efecto de la herencia del cónyuge premuerto.



SECCIÓN OCTAVA

DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS

Art. 840. Cuando el testador deje hijos ó descendientes legítimos é hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de estos derecho á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funerales.

Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda á los naturales, en dinero ó en otros bienes de la herencia á justa regulación.

Para entrar debidamente en el examen de esta sección, preciso sería empezar por hacer la procedente clasificación de hijos ilegítimos y definir cada una de sus especies, pero como esto quizá fuera ofensivo para nuestros lectores, ni aun á recordarles osamos las diferencias que entre unos y otros hijos ilegitimos existen.

A poco que fijemos nuestra atención en lo que el tít. 5.° del lib. 1.° de este mismo Código, determina en cada uno de sus capítulos, y en sus respectivas secciones con relación á los hijos, hemos de convencernos bien pronto de que si en los dos capítulos primeros, ó sea en los arts. 108 al 118, se ocupa de los hijos legitimos, en el capitulo tercero, ó sea en los arts. 119 al 128, trata de los hijos legitimados distinguiendo dos clases de legitimación, por subsiguiente matrimonio, y por concesión real; dando á los primeros las mismas consideraciones y derechos que á los verdaderamente legitimos. Después en el capitulo 4.°, sección 1.ª, se ocupa de los hijos ilegitimos en general, empezando por los naturales y tratando del reconocimiento de los mismos (art. 129 al 138); y luego en la sección segunda del citado capitulo, se ocupa de los demás hijos ilegitimos en quienes no concurra la condición legal de naturales que sólo tendrán derecho á exigir de sus padres los alimentos necesarios. Pues bien, en esta sección 8.ª del capitulo 2.°, tít. 3.°, lib. 3.° de este Código, hemos de ocuparnos de los derechos de esos hijos ilegitimos en general á los cuales nuestras antiguas leyes negaban todo género de derechos hereditarios, lo que no tenia nada de extraño por cuanto fundada la sucesión en la familia, y no reconociendo la ley más familia que la legalmente constituida, los hijos nacidos fuera del matrimonio eran considerados fuera de la sucesión; mas luego fuese por una mayor suavidad de sentimiento, fuese por ocultar vicios familiares, fuese por velar la



disipación de costumbres de cierta época, y dar un remedio á tantos males como la bastardía originaba en la edad media, crearonse ciertas escepciones á aquella ley preceptiva por virtud de la cual la sucesión no se extendía más allá de la familia legítima, y los bastardos hijos de uniones ilegítimas que no eran otra cosa que los llamados hoy hijos naturales, vinieron á tener una apariencia de legítimos consiguiendo una participación en la herencia de sus padres aun cuando concurrían con hijos ó descendientes legítimos, á dicha sucesión; esa participación era la sexta parte de los bienes que recibían como alimentos, y que gravitaban sobre la herencia como una deuda privilegiada.

Nada hemos de decir de los hijos legitimados, puesto que hasta las Leyes Romanas honraron de tal modo la legitimación, que según ellas, el legitimado se tenía por legítimo con tal carácter, que como los legítimos podía suceder á su padre por testamento y *abintestato;* así lo determinaban los capítulos 3.° y 8.° de la Novela 89 y el cap. 2.° de la Novella 74; y de las Auténticas pasó tal derecho á las Partidas; tanto es así que en la Ley 9, tít. 15, Partida 4.ª, se determina que: *á los hijos legitimados nace de la legitimación muy grand pro ca pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres, si fijos legitimos non ovieren é si los ovieren heredarán su parte como los otros fijos que ovieren de mugeres legítimas.*

Respecto de estos hijos legitimados hemos dicho que las leyes de nuestro antiguo derecho pátrio, distinguían perfectamente cuando la legitimación había sido efectuada por subsiguiente matrimonio de cuando se verificaba por rescripto del príncipe; y así como á los primeros se les consideraba con los mismos derechos que los legítimos, á los segundos sólo se les concedía la sucesión al tenor de lo dispuesto en la Ley 12 de Toro, ó sea la Ley 7.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación, sin que entonces pudieran concurrir con igualdad entre los legítimos; cuya diferencia viene á establecerse tambien en nuestro Código, tanto en el art. 120 como en los arts. 122, 124, 127 y 844 del mismo.

El Fuero Juzgo no hablaba de hijos naturales, y aunque muchos creen que tampoco el Fuero Real se ocupó de ellos, es lo cierto que la Ley 7.ª, tít. 22, lib. 4.°, dispuso que aquel que quisiera recibir por su hijo al que hubiese tenido *en mujer que no sea de bendición, recíbalo ante el Rey e si aquel que lo así recibiere por fijo muriese sin manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos legitimos no oviere ó nietos ó dende ayuso: e si manda quiere facer, fágala sin empescimiento de aquel fijo que así recibió*: más sobre este particular, si bien algunos suponen que era suficiente para que los hijos naturales reconocidos heredasen el patrimonio de los padres, otros supusieron se refería á los hijos adoptivos.

La Ley 8.ª, tít. 13, Partida 6.ª, prevenía que el padre podía dejar todos sus bienes al hijo natural, en testamento, si no tenía otros descendientes ni ascen-

dientes, pudiendo dejarle una dozava parte de la herencia si tenia otros descendientes; y las dos terceras partes, cuando sólo tuviere ascendientes; más esto no significaba que el hijo natural fuése heredero forzoso en una parte determinada de la herencia. Pero respecto de la madre siguiendo el principio de que siempre la madre es conocida y cierta, la Ley 11, tit. 13, Partida 6.ª, declaró la sucesión del hijo natural al igual de los legitimos que nacian de la misma; si bien mas tarde la Ley 9 de Toro ó sea la Ley 5.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novisima Recopilación, comprendiendo lo absurdo del caso, declaró que los hijos bastardos ó ilegítimos de cualquier calidad que fuesen, no podian heredar á sus madres ni por testamento ni *abintestato* cuando tenian otros hijos ó descendientes legitimos.

Sentados estos precedentes, hemos de expresar que siendo ante la naturaleza iguales todos los hijos, justo es y equitativo que no se rechace al que ha tenido la desgracia de nacer hijo ilegitimo ó fuera del matrimonio: más si bien allá en su conciencia debe dejárseles á los padres toda la libertad posible para remediar sus errores, no puede la ley en rigor de derecho establecer una igualdad entre los hijos legitimos y los ilegitimos, pues esta medida seria en extremo desigual dadas las circunstancias del caso, ofensiva á la moral y atentatoria á los derechos legitimamente adquiridos: es más, sería un medio de amparar el vicio y de conculcar la ley, pues si al que vive honestamente y con extricto rigor cumple, las leyes se le pone en el mismo caso ó se le conceptúa de igual manera que al que hace una vida licenciosa y contraria á los principios que la sociedad se impone para su perfeccionamiento y que el que quebranta é infringe la ley á todas luces, es evidente que de esta horrenda igualdad, naceria la mayor de las desigualdades, y que de absurdo en absurdo llegariamos por ese camino al caos.

Nosotros creemos, sin embargo, más justo el precepto de nuestro articulo, puesto que se trata en él de que concurriendo con los hijos ó descendientes legitimos, los naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de estos hijos ilegitimos ó naturales legalmente reconocidos la mitad de la cuota que corresponda á los legitimos no mejorados siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual debe deducirse la cuota adjudicada á los ilegitimos; si bien antes se deducirán de dicha porción libre los gastos de entierro y funeral. De modo que con tal precepto no se perjudica la cuota de los hijos legitimos, si bien se amengua en parte la porción de que libremente pudiera haber dispuesto el padre en favor de los mismos.

Mas, puede ocurrir una cuestión sobre este particular, y es la siguiente: como quiera que el articulo que nos ocupa expresa que la cuota dedicada á los hijos naturales, legalmente reconocidos, ha de sacarse del tercio de libre disposición siempre que dentro del mismo quepa, se le ocurrirá á alguno preguntar qué debe hacerse cuando no quepa dentro de ese tercio de libre disposición;

á lo cual nosotros debemos contestar que en tal caso deberá abonarse dicha cuota á tales hijos naturales en la porción que cupiere dentro de dicho tercio, y si todo él fuese absorvido por los gastos de entierro y funeral no podrá deducirse jamás del tercio de la legitima ni del de mejoras, porque de este modo vendrían á perjudicarse los hijos legitimos en lo que la ley les asigna de derecho, y en lo que en manera alguna puede cercenarse por estar legalmente reservado para aquellos: de modo que en tal caso la fatalidad haria que los hijos naturales no pudieran percibir esa porción igual á la mitad de lo que los hijos no mejorados reciben por su legitima, puesto que dicha cuota que á los naturales se les concede ha de deducirse exclusivamente de la mitad libre, salvo el importe de entierro y funeral; y ó se habrian de reducir éstos ó no cabría deducir porción alguna donde no quedare existencia.

El mismo artículo faculta á los hijos legitimos para satisfacer à los hijos naturales la cuota que les corresponda en dinero ó en otros bienes de la herencia, según justa regulación; mas esto, no quiere decir que por ello se vean obligados á entregarles parte de lo que á su legitima corresponda.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 826, proponia preceptos idénticos; y concordancias vemos en los arts. 744 y 815 del Código de Italia, en cuyo primer artículo se dice que cuando la filiación esté reconocida ó declarada, si los hijos naturales concurriesen con los hijos legitimos ó sus descendientes, tendrán derecho á la mitad de la parte que les corresponderia si fuesen legitimos: y los hijos legitimos ó sus descendientes tienen la facultad de pagarles su parte alicuota correspondiente en dinero ó en bienes inmuebles hereditarios, según justa tasación: y más tarde el art. 815 del mismo Código viene á preceptuar que cuando el testador deje hijos ó ascendientes legitimos, é hijos naturales legalmente reconocidos, éstos últimos tienen derecho á la mitad de la cuota que les habria correspondido si hubiesen sido hijos legitimos: y para el cálculo de la porción debida á los hijos naturales se tendrá en cuenta el número de hijos legitimos, facultando á éstos para que les satisfagan en la forma establecida en el artículo anteriormente citado.

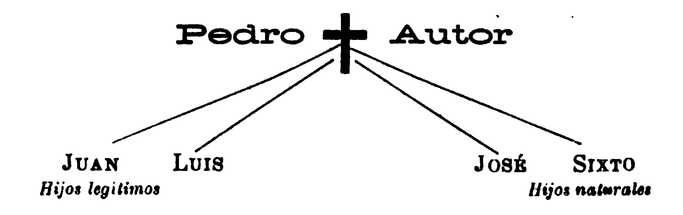
Concuerda de igual modo con el precepto que nos ocupa el art. 757 del Código de Francia, que, como el 757 del Código de Bélgica, preceptúa que si el padre ó la madre hubieren dejado descendientes legitimos, el derecho del hijo natural será de una tercera parte de lo que habría percibido caso de ser legitimo; cuando no dejaren descendientes y si ascendientes ó hermanos, el derecho del hijo natural será igual á la mitad de lo que él mismo hubiere percibido, siendo legitimo, y se elevará á las tres cuartas partes cuando los padres no dejen descendientes, ascendientes ó hermanos; cuya doctrina se ha visto sostenida por el Tribunal de Casación Francés en varias sentencias, entre otras la de 31 de Agosto de 1847, 29 de Junio de 1857 y 13 de Enero de 1862.

También encontramos concordancias en los arts. 656 del Código de Prusia,

912 del de Luisiana, 754 del de Austria, 546 del de Vaud, 109 y 110 del de Holanda, 968, 1169 y 889 en relación con el 1182 del de Chile, 799 y 969 del de Guatemala, 849 del de Uruguay, 3596 del de la República Argentina, 3464 del de México, número 2 del art. 955 en su relación con el artículo 1121 del Código de Veracruz-Llave, 3596 del de la Baja California; debiendo hacer presente que el citado artículo del Código de la República Argentina, dá á entender que los hijos naturales sólo concurren á la herencia á falta de descendientes y ascendientes legítimos, viudo ó viuda, puesto que previene que no teniendo el testador descendientes ni ascendientes legítimos, ni quedando viudo ó viuda, la legítima de sus hijos naturales será la mitad de los bienes que á su muerte queden: mientras que el Código de la Baja California, en donde existe la verdadera libertad de testar, nada dice ni puede decir de reserva de parte alguna disponible, y en cambio previene lo siguiente en su

Art. 3596. Cuando concurran descendientes legítimos ó legitimados con naturales reconocidos, la división se hará deduciendo de la porción que correspondería á los naturales si se hiciera por partes iguales, un tercio que acrecerá á la divisible entre los legítimos.

EJEMPLO

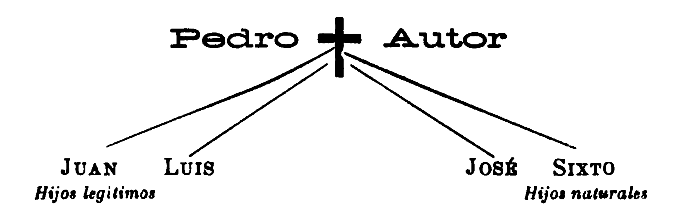


Pedro al morir, deja un capital de.. . . . . y cuatro hijos: dos legítimos ó legitimados, Juan y Luis, y dos naturales José y Sixto.		$ 12.000 00
La distribución se hará ficticiamente entre los cuatro hijos y tocará á cada uno $ 3,000, pero rebajando $ 1,000 de la porción de cada uno de los naturales, recibirán entrambos.	$ 4,000 00	
Agregando los $ 2,000 que se dedujeron de la porción de los naturales á los $ 6,0c0, divisibles entre los legítimos, recibirán cada uno de estos $ 4,000, y entrambos.	$ 8,000 00	
Igual.	$ 12,000 00	$ 12.000 00

Y el Código de México (art. 4.364) al tratar de la legitima y de los testamentos inoficiosos, no iguala, como supone algún publicista, los hijos naturales con los legítimos, sino que dice claramente que si el testador tuviere hijos legitimos ó legitimados è hijos naturales, se considerará como legitima de todos ellos las cuatro quintas partes de los bienes; (hasta aquí parece igual, mas continuando su lectura se vé que dice), pero al distribuirse estas entre los mencionados hijos, se deducirá de la porción divisible que corresponda á los hijos naturales un tercio por cada uno de estos, que acrecerá á la porción divisible entre los legitimos, y no al quinto que es la porción libre de que puede el padre disponer.

De manera que si conforme á tal precepto una vez hecha la división de las cuatro quintas partes entre todos los hijos legitimos ó legitimados y naturales que concurren, se deduce antes de su reparto el tercio de lo que se hubiere separado para cada uno de los hijos naturales, y este tercio ó tercios proporcionales, según el número de hijos naturales que hubiere, acrece á favor de los hijos legitimos ó legitimados, es evidente que no resultan igualados los derechos hereditarios del hijo ilegitimo con los del legítimo sin distinción de clases ni procedencia, como pretende hacernos creer cierto publicista, cuya aseveración inexacta se demostrará más y más con el siguiente ejemplo que á continuación de aquel artículo del Código de Mexico viene consignado.

EJEMPLO



Pedro al morir dejó un capital de. . . . . y cuatro hijos: dos legitimos; Juan y Luis, y dos naturales, José y Sixto.		$ 15,000 00
La parte disponible del padre será de. . . .	$ 3,000 00	
Los $ 12,000 restantes se distribuirán ficticiamente entre los cuatro hijos, y tocará á cada uno $ 3,000; pero rebajando $ 1,000 de la porción de cada uno de los naturales, recibirán entrambos.	$ 4,000 00	
Agregando los $ 2,000 que se dedujeron de la porción de los naturales, á los $ 6,000 divisibles entre los legitimos, recibirá cada uno de estos $ 4,000, y entrambos.	$ 8,000 00	
Igual.	$ 15,000 00	$ 15,000 00

Art. 841. Cuando el testador no dejare hijos ó descendientes, pero si ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho á la mitad de la parte de herencia de libre disposición.

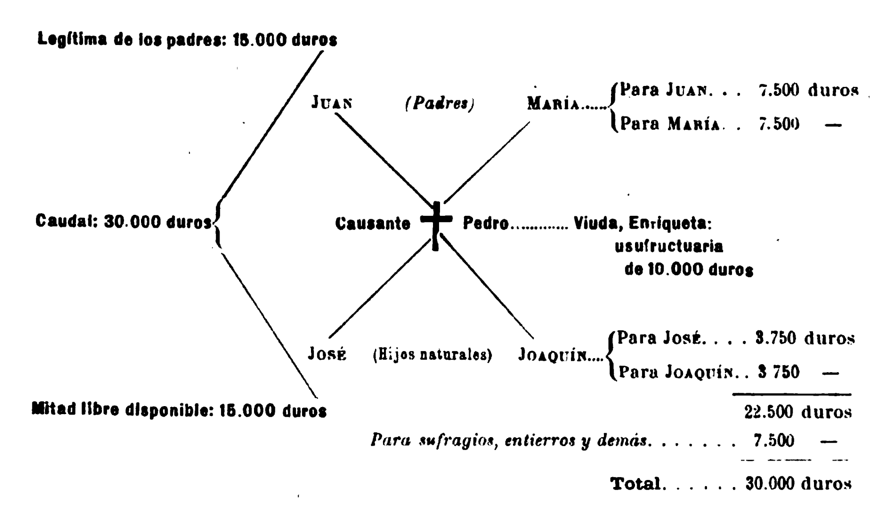
Esto se entiende sin perjuicio de la legítima del viudo, conforme al art. 836, de modo que, concurriendo el viudo con hijos naturales reconocidos, se adjudicará á éstos sólo en nuda propiedad, mientras viviera el viudo, lo que les falte para completar su legítima.

El legislador al dictar este articulo ha dado á entender que abrigaba menos temor de perjudicar á los ascendientes que á los descendientes del causante de que se tratase, pues en el caso del articulo anterior no ha tocado ni tocar pretende para nada la legitima de los hijos extrictamente reservada por la ley ni la parte disponible para mejoras; y ha ordenado que la cuota que al hijo natural le correspondiere igual á la mitad de lo que al hijo legitimo le corresponda, se saque del tercio de libre disposición; mientras que en este articulo 841 que al presente comentamos, ordénase con muy buen acierto, que si el testador no dejáre hijos ó descendientes, pero si ascendientes legitimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho á la mitad de la parte de herencia de libre disposición, lo cual está conforme con lo que previene el art. 809 de este mismo Código, y guarda perfecta relación con lo preceptuado en el art. 836, pues como quiera que la herencia de los ascendientes consiste en la mitad de los bienes hereditarios de sus hijos ó descendientes, y de la otra mitad pueden disponer estos á su arbitrio, salvo lo prevenido en el art. 836; como en este último articulo se trata de los derechos del cónyuge sobreviviente cuando el testador no tuviere descendientes y si ascendientes, y se previene que el usufructo que la ley le asigna en el tercio de la herencia se deduzca precisamente de la mitad libre, de cuya nuda propiedad podrá disponer el testador; conforme con tales preceptos el art. 841 que ahora nos ocupa no lesiona en rigor la mitad de la legitima del ascendiente, puesto que dá á los hijos naturales reconocidos la mitad de la parte de herencia de libre disposición, pero si amengua lo que el testador de esta parte libre pudiera disponer en favor de sus ascendientes.

El último apartado de este mismo art. 841, viene á salvar el derecho del viudo, y viene á demostrar la proporción en que este tiene que concurrir con los hijos naturales: de manera que según dicho apartado en relación con el articulo 836, el cónyuge sobreviviente tendrá el usufructo de la tercera parte de la herencia que lo deducirá de la mitad libre, y como de esta mitad libre, les corresponde en tales casos á los hijos naturales la mitad, pasará á ellos la ple-

na propiedad de dicha mitad en cuanto sea compatible con el derecho del viudo, y solo se les transferirá la nuda propiedad en cuanto no sea compatible con el referido derecho del viudo durante la vida de este, completando á su fallecimiento los dos dominios directo y útil en aquello en que solamente la nuda propiedad hubiera podido transferirsele al ejecutarse la división.

EJEMPLO



Debe hacerse presente que el usufructo de la viuda gravita, por lo que no alcancen los 7,500 duros mitad de lo libre, en 2,500 duros de la otra mitad que de lo libre pertenece á los hijos naturales; así es que si á Pedro le sobreviven su padre Juan y su madre María, más dos hijos naturales, José y Joaquín y la viuda Enriqueta, si el capital herencial consiste en 30,000 duros, la legitima de dichos padres Juan y María será 15,000 duros, y de los otros 15,000 restantes podrá disponer el testador (art. 809); pero la viuda Enriqueta tendrá derecho al usufructo de la tercera parte de la herencia ó sean 10,000 duros (Art. 836); y como este tercio ha de deducirse de la mitad libre, quedará ésta con un gravámen del usufructo de la viuda en 10,000, y sólo en nuda propiedad se asignarán á los hijos naturales 2,500 duros que, con 5,000 duros en plena propiedad aplicados desde luego á dichos hijos completan su haber; mas como el derecho de estos consiste en la mitad de la parte de herencia de libre disposición, tendremos que, siendo la mitad de lo libre 7,500 duros, estos son los que deben repartirse entre los dos hijos naturales José y Joaquín, asignándoles 3,750 duros á cada uno, de los cuales sólo podrá adjudicárseles de momento en plena propiedad los 5,000 duros que quedan sin carga ó sean 2,500 más el dominio directo de

1,250 duros á cada uno de los referidos hijos, reservándole á la viuda el dominio útil de esta última cantidad con las ligeras variantes que puedan producir los gastos de entierro en lo que queda libre.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 828, proponía preceptos análogos, si bien el segundo apartado se adicionó al redactar este Código; teniendo gran relación el artículo que nos ocupa con los arts. 119, 129 al 131, 134, 809 y 836 del mismo.

Concuerda con los arts. 757 del Código de Francia, 745 y 815 del de Italia, 757 del de Bélgica, 3471 del de México, 3606 del de la Baja California, 3471 del de Campeche, 849 del de Uruguay, 969 del de Guatemala, 1121 del de Veracruz-Llave, y 3581 del Código de la República Argentina, siendo de notar que por el Argentino se equiparan los derechos del viudo y los de los hijos naturales, en el precepto de dicho artículo que dice: *Si quedasen ascendientes legítimos y viudo ó viuda, los ascendientes tomarán la mitad de la herencia para dividirla entre ellos por personas, y la otra mitad se dividirá entre el viudo ó la viuda y los hijos naturales: de modo que el viudo ó viuda tendrá la cuarta parte de la sucesión y la otra cuarta parte el hijo ó hijos naturales.*

Art. 842. Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho á la tercera parte de la herencia.

Fija ya este artículo un nuevo caso: el de no existir descendientes ni ascendientes legítimos: entonces los hijos naturales reconocidos tienen derecho á la tercera parte de la herencia segun nuestro Código previene; y acerca de esto nada podemos oponer, por cuanto precepto escrito es, que no perjudica á los únicos que por la naturaleza parece está obligado el testador, en primer término á los descendientes, después á los ascendientes.

El Proyecto de 1882 en su art. 828, propuso preceptos enteramente análogos, y el art. 776 del Proyecto de 1851 fué modificado por el precepto que nos ocupa, observándose ciertas concordancias en la última parte del art. 757 del Código de Francia, en que se previene que cuando los padres no dejen descendientes ni ascendientes ó hermanos, se reservan para los hijos naturales las tres cuartas partes de la herencia: idéntica concordancia se ve en la última parte del art. 757 del Código de Bélgica, en el 3577 del Código de la República Argentina, y no el 3583 como afirma algún publicista; apartado 4.º del art. 849 del Código de Uruguay, 1048 del Código de Colombia, 747 del Código de Italia, que concede á los hijos naturales la sucesión en toda la herencia de sus padres cuando estos no dejaren descendientes ó ascendientes legítimos ó cónyuge, como sucede con los arts 994 y 1182 del Código de Chile; mientras el apartado segundo del art. 1121 del Código de Veracruz-Llave señala á los hijos naturales la tercera parte de lo que recibirían siendo legítimos.

Art. 843. Los derechos reconocidos á los hijos naturales en los precedentes articulos se transmiten por su muerte á sus descendientes legítimos.

Lógico es que si los hijos naturales tienen derecho á una parte de la herencia de sus padres, cuando fallezcan la transmitan á sus descendientes legitimos, porque estos se encuentran en la misma condición y estado que los demás hijos legitimos, sin que á ellos trascienda el vicio de origen que pudiera haber en sus padres; pues evidente es que desde el momento en que formaron una familia, si ellos adquirieron como hijos naturales algún tanto mermada la parte de herencia que les hubiera correspondido en caso de ser legitimos, esa cuota que adquieren más reducida se les transfiere en plena propiedad y por ello pueden disponer de la misma con arreglo á las leyes, ó sea transmitirla como cuantos otros derechos tuvieren, por su muerte á sus descendientes legitimos. Esto, sobre ser justo, es equitativo en extremo; lo cual se demuestra sin más que ver que el art. 778 del Proyecto de 1851, y el 829 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos; y aparece el articulo que nos ocupa en concordancia con el art. 759 del Código Francés, el 817 del Código de Italia, el 759 del Código de Bélgica, el 970 del de Guatemala y 3583 del de la República Argentina, en los que terminantemente se ve preceptuado que los descendientes legitimos del hijo natural premuerto pueden reclamar los derechos establecidos á favor de éste en los anteriores articulos; ó como dicen otros, que los beneficios establecidos en la ley á favor de los hijos ilegitimos, si estos hubieran premuerto, podrán ser reclamados por los hijos y descendientes que dejasen con derecho á heredar.

Art. 844. La porción hereditaria de los legitimados por concesión Real será la misma establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos.

Vemos en este articulo que la ley no se atreve á equiparar los hijos legitimados por concesión Real con los que deben su legitimación al subsiguiente matrimonio; y con gran cordura obró el legislador al establecer entre ellos diferencias, por cuanto en la legitimación por concesión Real, caben más fácilmente fraudes y probanza de hechos inexactos, por más que el Monarca que concede tal legitimación sólo piense al concederla en amparar derechos naturales, y en hacer más llevadera la desgracia de personas engañadas poco conocedoras de su situación ó victimas de situaciones pasajeras, lo cual nunca sucede por la legitimación por subsiguiente matrimonio, en la que al fin sirve de medio la realización del lazo que anteriormente debia haberse contraido, y que no habiéndose verificado, se contrajo después de venir al mundo el fruto

de ciertas uniones que ante la ley sólo caben después de llevar á cabo el enlace matrimonial con toda su santidad y con todos los antecedentes que las disposiciones legales imponen.

Tanto es así, que siguiendo estos sanos principios que á moralizar tienden la sociedad, elevando á sus más altas esferas los sagrados vínculos matrimoniales, mientras la ley dispone que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio se equiparen á los verdaderamente legítimos, el artículo que nos ocupa viene á preceptuar que los hijos legitimados únicamente por concesión Real sólo tengan los mismos derechos que los hijos naturales reconocidos, es decir, la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los hijos legítimos no mejorados ó legitimados por subsiguiente matrimonio.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 830, proponía un precepto casi análogo, y si bien los derechos que se concedieron á los hijos naturales reconocidos fueron ampliados para sus descendientes legítimos por la Ley de 16 de Mayo de 1835, atendiendo á algunos precedentes del antiguo derecho romano, los hijos legitimados por rescripto del Príncipe sucedían al padre si no había otros hijos; y cuando concurrían á la herencia con hijos legítimos sólo percibían la parte que de la herencia restaba una vez percibidos por los legítimos los derechos que la ley les había reservado; mas este principio que sustentaba el capítulo 9.º de la Novela 89, vino á caer por tierra ante la Ley 12 de Toro, consignada en la Ley 7.ª, tít. 20, libro 10 de la Nov. Recop., en la que se preceptuaba que los hijos legitimados por concesión Real sólo heredaban á falta de hijos legítimos; pero en este caso se les concedía los mismos derechos que á los legítimos, lo cual quiere decir bien claramente que la única legitimación razonable, digna, y que eleva á los hijos nacidos de ilegítimas relaciones, es la legitimación por subsiguiente matrimonio; siendo todo lo demás gracias especiales contrarias á las buenas costumbres, que si bien en algunos casos limitadísimos podran enjugar dignas lágrimas de personas honradas, es en la mayoría de lás ocasiones un subterfugio legal, una conculcación del derecho, un remedio para determinados vicios, una gracia, en fin, de la que los monarcas debían prescindir por su propio prestigio y por las elevadas miras de su altísima representación.

Relación guarda este artículo que comentamos con el número 3.º del artículo 127 de este mismo Código.

Art. 845. Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales sólo tendrán derecho á los alimentos.

La obligación del que haya de prestarlos se transmitirá á sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen á la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad.

Precepto es este que determina bien y fielmente la diferente situación en que han de colocarse los hijos por su diversa naturaleza, pues no es lógico ni justo ni moral que vengan á colocarse en las mismas condiciones los hijos adulterinos, los manceres, los sacrílegos y todos estos que han venido al mundo perturbando la fidelidad de los cónyuges ó los juramentos de cualquier clase prestados ante los altares, introduciendo una perturbación social los actos criminosos que á su creación dieron lugar los padres que tan monstruosamente obraron, que los hijos habidos por efecto de una pasión febril, no disculpable si, pero á veces elevada y digna de respeto, entre personas que al tiempo de la concepción y del alumbramiento pueden santificar aquella unión ilegítima por medio del matrimonio. Por esto la ley, en su sabiduría, con la mayor cordura, no queriendo abandonar esos seres desgraciados que culpa no tienen de las faltas irreparables de sus padres, ha venido á señalarles alimentos; pero en manera alguna ha querido dignificarlos hasta el extremo de elevarles á la condición de los demás hijos naturales, de que en los artículos anteriores nos hemos ocupado, haciendo que subsista esta obligación de prestar alimentos, transmitiéndose á sus herederos, hasta que esos desgraciados hijos ilegítimos lleguen á la mayor edad ó mientras dure su incapacidad, si fuesen incapacitados.

El Proyecto de Código Civil de 1882, en su art. 831, proponía análogos preceptos; y antecedentes vemos relativos á la negativa de tales alimentos, no sólo en la Auténtica 2.ª á la Ley 6.ª, tit. 5.º del lib. 5.º del Código Romano, sino en la Ley 10, tit. 13, Part. 6.ª, y Ley 5.ª, tit. 19, Part. 4.ª; mientras que en las leyes 5.ª y 6.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, ó sean la 9 y 10 de Toro, se concedieron dichos alimentos.

En relación está el artículo que comentamos con los arts. 139 al 141, número 5.º del 143, y 320 de este mismo Código, y concordancias encontramos en los arts. 762 del Código de Francia, 752 del de Italia, 762 del de Bélgica, 914 del de Holanda, 280, 332 y 1169 del de Chile, 914 del de Luisiana, 833 del de Uruguay, 343 y 344 del de la República Argentina, 3478 del de México, 678 del de Nápoles, 957 del Sardo, números 8.º y 9.º del art. 3291 del Código de la Baja California, y 3478 del Código de Campeche.

Art. 846. El derecho de sucesión que la ley dá á los hijos naturales, pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre ó madre naturales.

Esto no significa otra cosa más que la subsistencia de los indelebles principios de derecho en que se funda la reciprocidad de derechos y obligaciones. Mútuos, correlativos, y recíprocos derechos, hemos dicho siempre que engendran mútuas, recíprocas, y correlativas obligaciones; y por lo mismo, si la ley

dá derecho á la sucesión de los hijos naturales respecto á los haberes herenciales de sus padres, es natural, justo y lógico que esos mismos derechos se concedan á los padres naturales respecto de la herencia de sus hijos también naturales.

Y estos principios no nacen hoy al azar, ó por efecto del capricho del legislador, no, sino que se eleva su origen á los principios de derecho natural, y es tal la conformidad que en ellos sienten todas las naciones, que en la mayoria de los Códigos modernos se ven consignados casi en la misma forma que en el nuestro, de manera tal, que parece haberse puesto de acuerdo para coincidir en sus disposiciones todos los cuerpos colegisladores; y es, que, cuando las convicciones se sienten, cuando en la naturaleza de las cosas está la evidencia de ciertas reglas generales y comunes á todos los pueblos, no es necesario prévio acuerdo para determinarlas, sino que la conciencia cosmopolita se hace única, y la conciencia de todos y cada uno de los individuos que razonable y noblemente discurren, confluye con esa conciencia cósmica, con esa idea general, de la que resulta la unidad de principios universalmente establecidos.

Por esto vemos que los Códigos de Francia en su art. 765, de Italia en su artículo 750 y 751, de Bélgica en su art. 765, de Chile en su art. 993, de Portugal en su art. 1994, de Uruguay en su art. 991, de Guatemala en su art. 973, de la República Argentina en su art. 3584, de México en su art. 3479, de Campeche en su artículo 3479, y otros varios, están perfectamente de acuerdo con lo por nuestro Código prevenido sobre este particular; viéndose ya precedentes acerca del mismo, en las leyes 8 y 11, tit. 13, Part. 6.ª; y habiéndose propuesto los mismos principios en el Proyecto de Código Civil de 1851, art. 780, y en el Proyecto de 1882, art. 832; debiendo hacer presente además, que el artículo que nos ocupa guarda perfecta relación con los preceptos del art. 444 de este mismo Código; y todos los Códigos modernos parten del supuesto de que para que haya esta reciprocidad en la sucesión entre padres é hijos naturales, es indispensable que los hijos hayan sido reconocidos por los padres, pues mal podrán conceptuarse naturales mientras no viniera dicho reconocimiento; y así se vé también en el art. 1131 del Código de Veracruz-Llave, en el 3329 del Código de la Baja California, y en el 1050 del de Colómbia.

Art. 847. Las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre ó de su madre, se imputarán en la legítima.

Si excedieran del tercio de libre disposición, se reducirán en la forma prevenida en los arts. 817 y siguientes.

Regla de equidad es la que sienta este artículo que en manera alguna puede impugnarse; pues si las donaciones hechas á hijos legítimos están llamadas á colacionarse é imputárseles deben en sus legítimas, no hay razón al-

guna para que, conceptuando de mejor condición á los hijos naturales, dejase de sometérseles á las mismas reglas de colacionabilidad que á los legítimos, y fuese á prescindirse de la correspondiente imputación en su legítima aquellas donaciones que hubieren recibido en vida de sus padres, así como tampoco sería justo, que si aquellas donaciones excedieren del tercio de libre disposición fuera á prescindirse de reducirlas á sus justos límites en la forma que previenen los arts. 817 al 820 de este mismo Código.

El Proyecto de Código civil de 1882, en su art. 833, propuso un precepto análogo al que ahora nos ocupa; y concordancias encontramos con nuestro Código sobre este particular en el art. 760 del Código de Francia, en los arts. 746 y apartado 2.° del 820 del Código de Italia, 760 del Código Belga, 1146 y 1196 del Código de Chile, 852 del Código de Uruguay, 1789 y 1790 del Código de Portugal, 3488 del Código de México, 1010 y 1011 del de Guatemala, 3488 del de Campeche; teniendo alguna analogía el art. 1246 del Código de Veracruz-Llave.

SECCIÓN NOVENA

DE LA DESHEREDACIÓN

Art. 848. La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley.

Varias y más ó menos fundadas son las opiniones vertidas acerca de la desheredación; mas nosotros no hemos de detenernos á verificar un estudio relativo á lo que objeto ha sido de tantas deliberaciones y de controversias tantas, pues pálido sería cuanto dijésemos acerca de este asunto tan luminosamente tratado por los más notables publicistas.

Alternativas varias sufrió la desheredación en Roma, como sufriólas también el derecho de aquel pueblo célebre en la historia, y de cuyas leyes tomaron su origen la mayor parte de las legislaciones de los pueblos civilizados.

Choca á algunos que en la primera época del derecho romano, á pesar de las facultades que al padre de familia se otorgaban y que le eregían en un soberano absoluto del reino de su familia, nada se dijese de la desheredación hasta que se publicó la Novella 115; y esta extrañeza que de inverosímil nos hemos de permitir calificar, no tiene razón de ser, ni nadie que maduramente piense sobre el asunto la encontrará de seguro, si se fija en que existiendo la libertad de testar que en los primitivos tiempos de Roma existía con facultad discrecional de los padres, holgaba cuanto sobre desheredación hubiera de pre-

ceptuarse; es más, estas dos instituciones obedecen á principios tan antitéticos, que donde vive la una no puede existir la otra, pues si los amantes de la libertad de testar la sostenemos por el principio de autoridad que la misma implica, y por la severa justicia que el padre de familia, único Juez y organizador natural de ésta, debe en la misma ejercitar, es evidente que allí donde no se deja esa libertad natural, en lo razonable, discrecional y justo, al padre de familia, ha de venir á concedérsele otro elemento poderoso para sostener su autoridad y regular la familia que engendró, otorgándosele la facultad de desheredar cuando concurre alguna de las justas causas que la ley prefija: asi se vé que en Roma nació la desheredación cuando Justiniano empezó á insinuar las legítimas; y cuando ya éstas estaban instituidas, al objeto de evitar abusos dignos de mayor censura, desgraciadamente cometidos por padres despiadados, fué cuando el mismo Justiniano se vió en la precisión de dar alguna fuerza á aquel padre de familia con la Novella 115 anteriormente indicada, que vino á cohonestar en cierto modo la Novella 18, que el mismo Justiniano habia dado introduciendo las legitimas, y que causaba una verdadera revolución en el derecho de aquel pais; pues aun cuando el derecho pretorio habia ido marchando de transacción en transacción por el camino de las evoluciones para llegar á este fin, nada alteró el derecho antiguo de aquel célebre pueblo de un modo tan radical, como el planteamiento de las instituciones antes indicadas de las legítimas y de la desheredación, introducidas por las ya tan célebres Novellas antes citadas, con las que Justiniano vino á imprimir un nuevo giro al derecho de la ciudad de los Césares.

Pero no vemos solo esto en los precedentes del Derecho Romano; vemos tambien antecedentes dignos de ser atendidos en la concisa y ferrea legislación del pueblo Visigodo que nos legó en la Ley 1.ª, tit. 5.º, lib. 4.º, del Fuero Juzgo al par que la legitima forzosa, la desheredación mediante ciertas causas; y el Fuero Real, el Fuero viejo de Castilla, los Fueros Municipales entre los cuales vemos como más notables el Fuero de Alcalá, el de Zamora y el de Cuenca, coinciden con los principios de la Novela antes citada en su parte esencial respecto de la desheredación como vinieron luego á sustentarla las Leyes 4.ª y 8.ª, tit. 6.º, Partida 6.ª; y como han venido sosteniéndola la mayor parte de los pueblos civilizados donde no existe la libertad de testar, pues donde el padre tiene esa última facultad; repetimos, que para nada le hace falta la desheredación puesto que dispone de elementos mayores para que los fines de la familia se cumplan, su voluntad se respete y el padre sea dentro de su estado el Jefe nato del mismo, sin más embajes ni cortapisas que los que la razón natural y la justicia universal imponen por su propia naturaleza.

Pero es más, hasta en Francia en Bélgica y en Italia, cuyas antiguas leyes sostuvieron la desheredación, si bien perdia su fuerza á medida que la libertad de testar extendia en aquellas naciones un ancho vuelo, hasta en esas tres na-

ciones, que muchos citan como modelos por su legislación, en que hoy no se admite ya la desheredación, tenemos otra cosa que puede considerarse como su homónimo y es el principio sostenido por aquellas legislaciones de dichos pueblos en que se determina que por causas de indignidad puede el padre privar de la sucesión á un heredero forzoso: de manera que si puede el padre privar de la sucesión á un heredero forzoso por causas de indignidad, no le es precisa la institución de la desheredación por cuanto viene á obtener con aquella los mismos efectos.

Esto bastaria para demostrar que la desheredación vigoriza la autoridad doméstica, é implica un principio de extricta justicia que armonizarse puede con los afectos puros que han de estrechar y fortalecer los vinculos de familia entre los individuos que la componen. Pero si tales aseveraciones no han de ser suficiéntes para convencer a los que refractarios son á dar al padre la facultad de desheredar á sus hijos mediante justas causas, debia ser suficiente razonamiento para convencerles de su necesidad, ya que no la razón de la equidad y la justicia que á todas luces se ve resplandecer y rebosar en ella, la razón del número, la razón de la lógica, la razón del buen sentido; y estas razones se encuentran sin más que abrir todos los Códigos modernos, ó su mayor parte, y leer sus textos; pues estudiando el art. 3744 del Código de la República Argentina y los que le siguen hasta el 3750; viendo los arts. 768 del Código de Austria, 1609 al 1612 del de Luisiana, 1265 del de Colombia, 849 del de Nápoles, 1207 del de Chile, 584 del de Vaud, 3645 del de Mexico, 858 y 860 del de Uruguay, 923 del de Guatemala, 1875 del de Portugal, 2575 del de Sajonia, 992 del de Veracruz-Llave y 3645 del de Campeche, no puede menos de convencerse cualquiera de que la desheredación se ha generalizado y se ha hecho indispensable alli donde la libertad de testar no existe alli donde existen las legitimas. Por esto en la República de la Baja California, en Inglaterra y en los Estados-Unidos nada se expone acerca de esa desheredación mediante justa causa, pues existiendo verdadera libertad de testar, no hay para que alegar causas que impulsen al padre de familias á ordenar la provisión de bienes que de otro modo les hubiera otorgado.

Art. 849. La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde.

Este articulo es una consecuencia del anterior; si la desheredación sólo puede tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley, según previene el art. 848 de este Código, evidente es que la desheredación solamente puede hacerse en testamento y expresando en él la causa legal en que se funda.

No puede hacerse de otra manera; expresión solemne es el testamento en

que se determina el porvenir de nuestra hacienda, la transmisión de nuestros bienes para después de la muerte, y sólo en esa solemne expresión es donde puede desheredarse, haciéndose expresamente y mediante justa causa.

La Novela 115, antes citada, en su capitulo 3.°, es uno de los antecedentes en que vemos desenvuelto análogo principio; y en nuestro derecho patrio sírvenos de precedentes los preceptos de la Ley 1.ª, tít. 5.°, lib. 4.° del Fuero Juzgo, como las Leyes 1.ª y 2.ª, tit. 9.°, lib. 3.° del Fuero Real, habiéndose tomado del Derecho Romano, en todas sus partes, las Leyes 1.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª, titulo 7.°, Part. 6.ª.

El Proyecto de 1851 en su art. 667, y el Proyecto de 1882 en su art. 835, proponían preceptos muy semejantes, y concordancia guarda el art. 849 que de nuestro Código comentamos con los arts. 1611 y 1612 del Código de Luisiana, 585 del de Vaud, 1207 y 1209 del de Chile, 1265 y 1267 del de Colombia, 1880 del de Portugal, 859 del de Uruguay, 3745 del de la República Argentina. 3649 del de México, 923 del de Guatemala, 770 y 782 del de Austria, 3649 del de Campeche, 993 del de Veracruz-Llave, 2595 del de Sajonia, 848 del de Nápoles, y otros, debiendo hacer presente que en Austria, cuando el heredero resulta culpable por una de las justas causas de desheredación, se entiende por el Ministerio de la ley desheredado.

Art. 850. La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá á los herederos del testador si el desheredado la negare.

Siguiendo los principios conocidos de antiguo en el foro de que incumbe la prueba al que afirma, y nada probar debe el que niega, porque las negaciones revelan inexistencia, y lo inexistente imposible es de probar, preceptúa este articulo que la prueba de la certeza de la causa legal de la desheredación corresponde á los herederos del testador si la negase el desheredado.

Tampoco es nuevo este precepto en nuestro derecho, pues no sólo fué tomado en nuestras Leyes de Partida 8.ª y 10, tít. 7.°, Part. 6.ª, y Ley 7.ª, tít. 8.°, Part. 6.ª, del Cap. 3.° de la Novela 115, sino que fué conocida en nuestra patria en la Ley 1.ª, tít. 5.°, lib. 4.° del Fuero Juzgo, y Ley 1.ª, tít. 9.° lib. 3.° del Fuero Real, que son los antecentes á que debemos acudir para conocer la historia jurídica de la desheredación.

Tanto el Proyecto de 1851 en la primera parte de su art. 668, como el Proyecto de 1882, en el primer apartado de su art. 836, proponían un precepto idéntico al que se consigna en el artículo que comentamos; y concordancias se encuentran en el art. 3746 del Código de la República Argentina, en el 851 del Código de Nápoles, en el 1616 del Código de Luisiana, en el 771 del Código de Austria, en el 2597 del de Luisiana, en el 1209 del de Chile. en el 1881 del de

Portugal, en el 1267 del de Colombia, en el 996 del de Veracruz-Llave, en el 860 del de Uruguay, 927 y 928 del de Guatemala, 3650 del de México, 885 del de Vaud, 3650 del de Campeche, y otros.

Art. 851. La desheredación hecha sin expresión de causa, ó por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, ó que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institúción de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen á dicha legítima.

Es tan natural y tan lógico el precepto del articulo que acaba de consignarse, que su demostración fuera inútil por cuanto su simple lectura dá á la imaginación menos cultivada la explicación satisfactoria de la razón juridica de dicho precepto. Hoy que cualquiera puede morir testado en parte y en parte intestado, hoy que no es precisa la institución de heredero para que el testamento subsista, no cabe duda alguna que cuando la desheredación se efectuase sin expresión de justa causa ó cuando la verdad de la existencia de esa causa al ser contradicha no se probare, ó de probarse su existencia no apareciese ser una de las consignadas en los arts. 852 al 855 de este Código, la institución de heredero queda y debe quedar nula y sin ningún valor en cuanto perjudica al desheredado, pero subsiste y no puede menos de subsistir el testamento, dados los principios que hoy informan esta materia, en cuanto á los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias de las que no perjudiquen á la legitima.

Ante el derecho romano, sabemos que los antecedentes sobre la materia han de encontrarse en la tantas veces citada Novela 115 de Justiniano: sabemos también que tomadas de tal origen en su mayoría las Leyes de las Partidas, en ellas hemos de encontrar precedentes respecto de nuestro derecho patrio, pero esto no obsta para que á poco que el espíritu menos reflexivo reflexione, se comprenda perfectamente que si bien en las leyes 1.ª y 7.ª, tit. 8.º, Part. 6.ª, ha de imperar necesariamente la tendencia del derecho romano; y por ello viéndose reflejado en estas el espíritu de aquél, ha de conceptuarse necesaria á todo testamento la institución de herederos, por muy romanistas que fuésemos, como quiera que ya dijimos que por las Leyes de Toro, ó mejor dicho, desde el Ordenamiento de Alcalá vino á desaparecer aquel principio considerado hasta entonces como axiomático de que la subsistencia del testamento, dependia de la existencia y validez de la institución, de aqui el que desde el instante mismo en que por las Leyes de Toro se regularizó bajo otras bases la sucesión y se declaró que cualquiera podia fallecer parte testado y parte intestado, no tienen razón de ser esas infundadas discusiones y esas diversas interpretaciones que

han venido á darse al precepto de este articulo que comentamos, y á cuyas interpretaciones tanta importancia dan algunos publicistas sin comprender nosotros el verdadero motivo que hay para mentar siquiera lo que sólo tiene el carácter de erróneas sutilezas.

Por esto, los intérpretes que buen sentido tengan, no pueden discrepar en la aplicación de las Leyes de Partida sobre este particular, ni engolfarse han podido tontamente en averiguar el porque del silencio del Fuero Juzgo y del Fuero Real, y si por razón de este silencio podria dudarse siquiera si estaba vigente aun el derecho romano en la materia.

Desde el momento en que la Ley 24 de Toro, declaró que las mejoras conservaban su fuerza y valor aun que se anulase la cláusula de desheredación de uno de los hijos; desde el momento en que por aquellas mismas leyes de Toro llevadas á la Novisima Recopilación (Ley 8.ª, tit. 2.º, lib. 10) que han servido de precepto escrito hasta la publicación de este Código, se sentaba el principio de que cualquiera podia morir parte testado y parte intestado, repetimos, que no podia haber duda alguna acerca de la verdadera doctrina que debe seguirse sobre este particular.

La impugnación del desheredamiento, la anulación de la institución de heredero por no demostrarse la justa causa que hubo para desheredar; la imposibilidad de ejecutar la institucion en una ó en todas sus partes, no sirve, no puede servir para anular la totalidad del testamento; porque la voluntad del testador no se compone sólo de la institución, sino que tiene otras partes integrantes del testamento que es preciso cumplir y se cumplen en lo posible obedeciendo justamente la última voluntad del testador en cuanto no se oponga á las leyes naturales ó al derecho escrito. Y aun ni la esencia de las mejoras puede alterarse porque se anule una institución efecto de no haber comprendido en la legitima á uno de los herederos forzosos, por cuanto aun que la ley en principio designa como legitima de los hijos los dos tercios de los bienes herenciales, como quiera que á renglón seguido esa misma ley preceptúa que de esos dos tercios puede deducirse uno para mejoras, vemos que en rigor de derecho es un tercio lo que queda para repartirlo como legitima entre los hijos; y como el que ese tercio se divida entre dos ó entre tres ó más hijos, en nada afecta ni afectar puede á cuanto se hubiera verificado del otro tercio para mejoras disponible, de aqui el que no obsta ni obstar puede á la subsistencia de esas mejoras el que el verdadero tercio legitimario venga á distribuirse entre tres hijos, incluyendo entre ellos al que habiendo sido desheredado pudo anular la institución ante los Tribunales de Justicia, ó el que se distribuya dicho tercio legitimario entre sólos dos herederos por ejemplo; pues la heredación ó desheredación sólo puede afectar á los que meramente hayan de recibir la parte proporcional que en ese tercio legitimario les corresponda.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su articulo 669, y el Proyecto de 1882,

en su art. 837, propusieron preceptos análogos; y concordancias encontramos en los arts. 1611 y 1612 del Código de Luisiania, 1209 del de Chile, 782 de Austria, 588 del de Vaud, 3745 del de la República Argentina, 848 del de Nápoles, 1852 del de Portugal, 3651 del de México, 860 al 862 del de Guatemala, 927 y 928 del de Uruguay, 3651 del Código de Campeche, y otros.

Jurisprudencia.—Parece que al dictarse la Sentencia de 19 de Marzo de 1886 por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, se preveia la redaccion del artículo que acabamos de comentar, pues en ella se resuelve la importante cuestion de si declarado nulo el testamento en que un hijo deshereda á su padre sin justa causa, tiene éste derecho á todos los bienes del hijo, ó solamente a las dos terceras partes que constituyen la legítima de los ascendientes antes de la publicacion de este Código; declarando dicho Supremo Tribunal no haber lugar al recurso, y por consiguiente decidiéndose según el fallo de la Audiencia de la Habana, que era nulo el testamento, en cuanto privó al padre de los dos tercios de los bienes que constituían su legítima, mandando que se le entregaran dichos dos tercios. (Hoy dicha legítima sería la mitad de los bienes de los descendientes, con arreglo al art. 809 de nuestro Código). Con cuya Sentencia, se vienen á armonizar los preceptos de las leyes 11, tít. 7.º, y 1.ª, tít. 8.º de la Part. 6.ª, y los de la Ley 6.ª de Toro, transcritos a la Ley 1.ª, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

Art. 852. Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el art. 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º

Anteriormente dijimos que hasta en los Códigos que no se trata lisa y llanamente de la desheredación por su verdadero nombre, como sucede en Francia, Italia y Bélgica, se admite la privación de herencia por causas de indignidad.

Poco ó nada podemos decir de este artículo, que es uno de los modificados en esta segunda edición, la vigente, de modo más correcto y expresivo; pues así como antes, en la primera edición, se decía que todas las causas de indignidad para suceder son causas de desheredación; en la vigente, se refiere sólo á las causas de indignidad señaladas en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, y 6.º, del artículo 756 de este Código. Ya dijimos allí la justicia que envuelve la idea de privar de la herencia de sus hijos á los padres que les abandonan, ó prostituyen á sus hijas, ó á su pudor atentan; ya vimos cuan natural es que el condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes, debe ser privado de la herencia de aquellos contra cuya vida atentó; ya expusimos cuanta infamia envuelve la acusación calumniosa, y mucho más cuando ésta se dirige contra un testador que forzosa ó voluntariamente nos distingue con el recuerdo expontáneo, ó con la conservación de sus bienes, para transferírnoslos después de su muerte, y que esa infamia lleva consigo la pérdida de esos bienes que en otro caso hubiéramos percibido de buena ley; ya significamos lo repug-

nante del adulterio, y cuan al cinismo llega el que se comete por afines, y amigos fingidos, valiéndose del trato familiar que se les dispensa, y cuan justa y equitativa era la privación de tal herencia por motivos de dignidad; ya consignamos, que, si la libertad, la expontánea voluntad debe imperar en los testamentos, cuanto sea hijo de la amenaza, fraude ó violencia, anulár debe aquella disposición última que de tal manera pierde su carácter.

¿Qué hemos de decir ahora? Qué lo que entre extraños es indigno y hace perder la herencia, entre parientes sube de punto la indignidad; y no sólo debe ser causa de desheredación, sino que por el Ministerio de la Ley debia inutilizar la institución.

Tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 671, como el de 1882 en su art. 838, propusieron preceptos análogos; y concordancias encontramos en los arts. 770 del Código de Austria, 1208 del de Chile, 987 del de Luisiania, 861 del de Uruguay, 3646 del de México, 999 del de Veracruz-Llave, y 3646 del de Campeche.

Art. 853. Serán también justas causas para desheredar á los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, ademas de las señaladas en el art. 756 con los números 2.°, 3.°, 5.° y 6.°, las siguientes:

1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre ó ascendiente que le deshereda.

2.ª Haberle maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra.

3.ª Haberse entregado la hija ó nieta á la prostitución.

4.ª Haber sido condenado por un delito que lleve con sigo la pena de interdicción civil.

Este artículo no hace más que insistir en lo ya preceptuado en los números 2.°, 3.°, 5.°, y 6.° del art. 756 de que ya nos acupamos, y designar como causas de desheredación lo que en la conciencia está de todos, lo que de los preceptos de este mismo Código se desprende, pues si los padres tienen derecho á que los hijos les den alimentos, desde el momento en que estos son negados por quien tenía el deber de darlos, éste que faltó á su obligación, puede ser desheredado por aquél á quien desatendió, presentando esta falta como justa causa de desheredación.

La segunda causa consignada en este artículo, es un desprendimiento del segundo motivo de incapacidad para suceder por causa de indignidad, pues asi como el que atenta contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes, se hace indigno de suceder á su causante con quien tantos

atropellos cometió, no puede menos de considerarse como justa causa de desheredación el haber maltratado de obra, ó injuriado gravemente de palabra á sus padres ó ascendientes.

La tercera causa de desheredación es también una consecuencia del primer caso de indignidad comprendido en el art. 756, pues si los padres que prostituyen á sus hijas ó atentan contra su pudor se hacen indignos de la sucesión de éstas, lógico y justo es que las hijas ó nietas que se prostituyan se vean colocadas dentro de la tercera justa causa de desheredación del art. 853.

Y la cuarta causa de desheredación de los hijos y descendientes, es el haber sido condenados por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil, pues dados los efectos que produce la expresada pena, no puede menos de considerarse como justa causa de desheredación, toda vez que imponiéndose dicha interdicción civil como accesoria á la cadena perpétua, han de observarse necesariamente las prescripciones prefijadas en el art. 4.° de la ley de Registro Civil de 18 de Junio de 1870; y ha de inscribirse también la prohibición de disponer de los bienes en el Registro de la Propiedad de los partidos judiciales en que el penado los tuviere.

El Proyecto de Código de 1851 proponia preceptos análogos en su art. 672, y lo mismo se propuso en el art. 839 del Proyecto de 1882, si bien se incluia además como justa causa de desheredación la de haberse casado cualquiera de los hijos sin consentimiento de sus padres, cuando lo efectuaban en una edad en que no podian verificarlo sin dicho consentimiento.

Precedentes encontramos tanto en el derecho romano como en nuestro antiguo derecho patrio, pues nadie duda que la Novela 115 de Justiniano y las Leyes 4.ª á la 7.ª, tít. 7.°, Part. 6.ª, se ocupaban de las diferentes causas de desheredación que los padres habian de alegar para desheredar á sus hijos ó descendientes, los cuales se hacian elevar por algunos al número de quince, si bien muchas de ellas no podian menos de desaparecer en nuestra época por nuestra distinta manera de ser; y también se consignó algo acerca de este asunto en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real y hasta en la Novisima Recopilación: debiendo hacer presente que en su mayoria se siguió como norma la designación de las Leyes del tít. 7.°, Part. 6.ª, hasta la publicación de este Código, excepción hecha de las que habian quedado en desuso, correspondiendo la primera de las comprendidas en el art. 853 á lo que preceptúan los arts. 1876 del Código de Portugal, 845 del de Nápoles; 767 del de Austria, 736 del Sardo, 862 del de Uruguay, 584 del de Vaud, 1613 del de Luisiana; 3616 del de México, 1000 del de Veracruz-Llave, y 3616 del de Campeche. que á la segunda causa de nuestro referido artículo corresponden como precedentes el párrafo primero, cap. 3.°, Nov. 115; Ley 1.ª, tít. 5.°, lib. 4.° del Fuero Juzgo; Ley 2.ª, tít. 9.°, libro 3.° del Fuero Real; Ley 4.ª, tít. 7.°, Part. 6.ª, y la mayoria de los Codigos extranjeros anteriormente citados: que á la causa tercera de las consignadas

en el artículo que comentamos, puede dársele su origen en los párrafos 10 y 11 del mismo cap. 3.°, Nov. 115; y Ley 5.ª, tít. 7.°, Part. 6.ª: que la causa cuarta de desheredación que el artículo que nos ocupa entraña, realmente no tiene precedentes por cuanto el derecho penal no se había establecido de la manera que hoy le tenemos, y por lo tanto no podía en manera alguna relacionarse con aquel derecho diseminado en diferentes leyes como sanción penal de ciertos delitos que no constituían un sistema ordenado y técnico como el que constituído tenemos al presente.

En general, los preceptos del artículo que comentamos están en concordancia con los artículos anteriormente citados de los diferentes Códigos extranjeros y con los arts. 924 del Código de Guatemala, 1208 del de Chile, 3747 del de la República Argentina, 1266 del de Colombia, 2575 del de Sajonia y otros.

Art. 854. Serán justas causas para desheredar á los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el art. 756 con los números 1.°, 2.°, 3.°, 5.° y 6.°, las siguientes:

1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el art. 169.

2.ª Haber negado los alimentos á sus hijos ó descendientes sin motivo legítimo.

3.ª Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiera habido entre ellos reconciliación.

Siempre vemos que los preceptos de esta sección se refieren á los motivos de indignidad que producen incapacidad para suceder, y que consignados quedan en el art. 756; pero este art. 854, extiende algo más las causas de desheredación agregando las que dieron lugar á quella incapacidad por indignidad, pues ademas de los tres primeros números, y el quinto y el sexto del referido artículo, se tienen en cuenta como causas de desheredación los dos números del art. 169 que expresan los conceptos, bajo los cuales el padre ó la madre perdían la patria potestad sobre sus hijos, ya por sentencia firme en causa criminal en que se les imponga como pena la privación de dicha potestad, ya por sentencia firme en pleito de divorcio en que así se declare, mientras duren los efectos de dicha sentencia. De manera, que si las Leyes de Partida señalaban ocho causas de desheredación contra los ascendientes, este Código viene á prefijar nueve, toda vez que además de los cinco casos del art. 756 á que antes nos hemos referido, tenemos los dos medios de perder la patria potestad antes indicados que comprende la causa primera, el haber negado el padre los alimen-

tos á su hijo ó descendiente sin justo motivo, y el haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, sino hubiere mediado reconciliación entre ellos, motivos todos justificados que también tenían sus precedentes en la Novela 115, en la Ley 11, tit. 7.º, Partida 6.ª, y que concuerdan con lo previenen los arts. 1002 del Código de Veracruz-Llave, 584 del de Vaud, 1619 del de Luisiana, 769 del de Austria, 863 del de Uruguay, 925 del de Guatemala, 1208 del de Chile, 3748 del de la República Argentina, 3648 del de México y 3648 del de Campeche; si bienestos dos últimos sientan en principio como regla general, que los hijos y descendientes no tienen derecho para privar de la legitima á los ascendientes; estando en relación este articulo con el 143 de este mismo Código en cuanto á la obligación de dar alimentos.

Art. 855. Serán justas causas para desheredar al cónyuge. además de las señaladas en el art. 756 con los números 2.ª, 3.º y 6.ª, las siguientes:

1.ª Las que dan lugar al divorcio según el art. 105.

2.ª Las que dan lugar á la pérdida de la patria potestad, conforme al art. 169.

3.ª Haber negado alimentos á los hijos ó al otro cónyuge.

4.ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

Para que las causas que dan lugar al divorcio lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo.

Dificil es decir nada nuevo con relación á los preceptos que este articulo contiene, por cuanto dicho está al tratar de las anteriores causas de desheredación relativamente á los descendientes y ascendientes, asi como expuesto quedó respecto de las causas que incapacitan por indignidad que tanta relación tienen con las causas todas de desheredar, y que expuesto lo necesario respecto de una, lo mismo casi debe tenerse en cuenta respecto de las demás; pues segregadas aquellas causas que reconocían su razón de ser en las diversas creencias y en la distinta texitura del pueblo para que se dieron, y en la época en que se preceptuaron, vienen á ser las mismas que las consignadas hoy en nuestro Código.

Así es que, según el art. 855 que comentamos, causas son de desheredación entre cónyuges en primer lugar, las mismas que indicamos anteriormente en los números 2.º, 3.º y 6.º del art. 656, respecto la incapacidad de suceder por indignidad; es decir, el haber atentado un cónyuge contra otro cónyuge, el haberle acusado calumniosamente de delito á que la ley señala pena aflictiva, y

el haber mediado entre ellos amenaza, fraude ó violencia, que obligaren al testador á formular su última voluntad en determinado sentido, ó le hicieren cambiar el testamento; señalando después en primer lugar como causas de desheredación las que comprendidas se hallan en el art. 105 como causas de divorcio, ó sean el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resulte escándalo público, ó menosprecio de la mujer; los malos tratamientos de obra ó las injurias graves, la violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla á cambiar de religión; la proposición del marido para prostituir á su mujer; el conato del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos ó prostituir á sus hijas, y la connivencia en su corrupción ó prostitución; así como también se encuentra entre esas causas la condena del cónyuge á cadena perpétua.

En la segunda clase de causas para desheredar el cónyuge, incluye el artículo que comentamos todas aquellas que dieron lugar á la pérdida de la patria potestad, según lo prevenido en el art. 169 de este mismo Código; es decir, la sentencia firme en causa criminal por la que se imponga como pena la privación de dicha potestad, y la sentencia firme en pleito civil de divorcio en que así se declare mientras duren los efectos de la misma.

Señala este mismo Código, en la tercera clase de las justas causas comprendidas en el art. 855, otra que no es nueva y consiste en haber negado alimentos á los hijos ó al otro cónyuge.

Y en la cuarta, consigna como justa causa de desheredación entre cónyuges, el haber atentado el uno contra la vida del otro si no hubiere habido reconciliación.

Sobre la justicia de estas causas repetimos que nada nuevo podemos decir, porque cuanto se dijera pálido sería respecto de la razón que existe para que desheredados queden los que atentan contra la vida del cónyuge, los que le acusan calumniosamente y los que le amenazan, defraudan ó violentan en cualquier sentido; y respecto de los motivos que dan lugar al divorcio, evidente es que si estos tienen fuerza bastante para separar lo que por vínculos eternos unido estaba y se había elevado á la más alta dignificación por implicar para nosotros la existencia de un sacramento, fuerza y vigor bastante han de tener necesariamente para apartar los bienes terrenales propios de un cónyuge, del disfrute de aquel que motivó el divorcio.

Las mismas consideraciones hacerse pueden respecto de las causas que se fundan en la pérdida de la patria potestad; pues el que indigno se hizo de conservar tan alto y sagrado poderío, bien merece que pueda ser desheredado por el otro cónyuge que digno se conservó y jamás perdió ante la sociedad aquellas facultades.

Respecto á la negativa de los alimentos, cuanto hemos dicho con relación á los hijos y á los seres que nos dieron la vida, tenerse debe como reproducido

con relación á los cónyuges, pues los alimentos de padres á hijos, de hijos á padres y de cónyuge á cónyuge, no deudas sino derechos y deberes mutuos y recíprocos son que en primer término y ante todo deben satisfacerse.

Y por último, con relación á los atentados contra la vida del cónyuge testador, nada se ha de adicionar á lo expuesto respecto á los atentados contra los padres y contra los hijos respectivamente; pues son actos repugnantes que la naturaleza no se explica, la sociedad mira con horror; y que no pueden menos de mirarse siempre aunque en las leyes escritas no se preceptuase como causa eficiente y lógica de desheredación, llevando nosotros esto al extremo de que por muy edificador que sea el principio de la reconciliación y refractarios seamos á la venganza, hay perdones que en lo humano llevan á la heroicidad pero que generalmente no alcanza la naturaleza á realizarlos llevando la abnegación del hombre hasta el punto de dejarle sus bienes á la mujer que contra su vida atentó.

Por último, ciérrase este artículo con un apartado en el que se preceptúa que para que las causas de divorcio den lugar también á la desheredación, se hace preciso que no vivan bajo un mismo techo los cónyuges entre los que han mediado esos motivos de desheredar.

Nada podemos decir respecto de este artículo de precedentes ni concordancias, pues es nuevo como nueva es esa especie de legítima concedida á los cónyuges hoy en este Código, y que si bien en el derecho foral se sostuvo como atención mutua entre los que durante la vida habían participado de las dulzuras y de los sinsabores de una vida común, nunca le dieron el carácter de legítima como parece dársele hoy en este Código, ó al menos el de herencia forzosa que le otorga el art. 807 del mismo; y como hasta el presente y en virtud de dicha disposición, los cónyuges no han sido reconocidos como herederos forzosos hasta que se ha dictado este precepto, lógico es que no se haya sentido la necesidad de dictar reglas de desheredación, pues así como dijimos anteriormente que en los países donde no hay legítima no es preciso señalar esas justas causas de desheredación, de la misma manera hoy tenemos que afirmar que la razón ó el por qué de no existir precedentes ni concordancias con relación á las desheredaciones entre cónyuges, es la de no haber existido el heredamiento forzoso que hoy existe entre los mismos.

Art. 856. La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido, priva á éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.

Algo indicamos anteriormente respecto de lo que la reconciliación debe significar cuando como buenos y con sinceridad se hace, y por ello creemos un elemento de paz el precepto de este artículo digno del mayor encomio y

que observarse debe en cuanto compatible sea con la naturaleza humana: la reconciliación pues posterior al hecho en que se funda la causa de desheredación, anula aquella, y por lo tanto coloca al testador y á sus herederos forzosos en las mismas condiciones que si aquella justa causa no hubiese existido jamás; llegando á dejar sin efecto la desheredación acordada anteriormente en virtud de cualquiera de las causas justas que para ello se hubiere alegado.

El Fuero Juzgo en la Ley 1.ª, tit. 5.º, lib. 4.º habia previsto el caso comprendido en este artículo; y análogos preceptos se encuentran en la Ley 2.ª, tit. 9.º, lib. 3.º del Fuero Real, como analogías vemos tambien entre el artículo que de nuestro Código comentamos y los arts. 670 y 841 respectivamente de los Proyectos de Código de 1851 y 1882: viéndose concordancias en el art. 772 del Código de Austria, en el 1211 del de Chile, en el 3750 del de la República Argentina, 3654 del de México, 866 del de Uruguay, 998 del de Veracruz-Llave, 929 y 930 del de Guatemala, y 3654 del de Campeche: si bien es de advertir que el artículo citado de Uruguay dice precisamente lo contrario que el nuestro, ó sea que la desheredación podrá revocarse como las otras disposiciones testamentarias, pero no se entenderá revocada tacitamente por haber intervenido reconciliación, ni el desheredado será admitido á probar que hubo intención de revocarla; mientras que los Códigos de Guatemala, México, Campeche y Argentino, preceptúan como el nuestro y como el de Baviera, que la reconciliación posterior probada del ofensor con el ofendido quita el derecho de desheredar y deja sin efecto la desheredación ya hecha; con lo cual hasta cierto punto no está tampoco conforme el Código de Austria en su artículo antes citado puesto que previene que la desheredación no puede ser invalidada sino por una revocación expresa y formal.

Art. 857. Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto á la legítima; pero el padre desheredado, no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma.

Ya dijimos antes que las faltas de los padres no podian imputarse á sus hijos, y que por ello, la desheredación de un hijo no debe perjudicar á sus descendientes en lo relativo á la legítima de su causante, si bien el padre desheredado no debe tener ni aún la administración de los bienes de esa legítima á que no pierden el derecho sus descendientes.

Y con arreglo al art. 857 que ahora comentamos, es evidente que si un padre tiene dos hijos, á uno de los cuales deshereda, y á éste le quedan hijos, la parte correspondiente al desheredado no debe acrecer al otro hijo heredero en su legítima, y hasta si se quiere mejorado, sino que irá á los hijos del desheredado, sin que éste goce ni del usufructo ni de la administración; de manera

que en tal caso, lo más racional es que, si los hijos del desheredado son mayores de edad se les distribuya la parte legitima que á su padre habriale correspondido, caso de no ser desheredado; y si son menores, se les nombre un tutor que cuide de aquella legitima de su padre desheredado, hasta que ellos estén en disposición de administrarla por si.

Sin precedentes histórico legales, sólo hemos de expresar que el precepto de este art. 857 que comentamos, en relación está con los arts. 159, 160, 761, 807 y 924 al 927 de este mismo Código; y guarda cierta concordancia con lo que prescriben los arts. 586 del Código de Vaud, 864 del de Uruguay, 3647 del de México, 3749 del de la República Argentina, 3647 del de Campeche, 2566 y 2599 del de Sajonia, 927 del de Guatemala, 943 y 984 del de Chile, 291 y 1041 del de Colombia y otros.

SECCIÓN DÉCIMA

DE LAS MANDAS Y LEGADOS

Art. 858. El testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios.

Estos no estarán obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado.

Al tratar esta sección décima de las mandas y legados, no define el Código que debe entenderse por tales, ni establece diferencias entre los unos y las otras; nosotros sin embargo dijimos anteriormente, que manda según la Ley 1.ª, tít. 9.º, Part. 6.ª, es una *manera de donación que deja el iestador en testamento ó codicilo, á alguno por amor de Dios ó de su ánima, ó por facer algo aquel á quien se deja*: es decir que la manda ó el legado es una manera de donación que el testador deja en su testamento á determinada persona como verdadero recuerdo; estableciéndose la diferencia entre manda y legado, por el derecho antiguo en que la manda ó prelegado, como le llamaban algunos, era necesariamente dejada á uno de los herederos legitimos mientras que el legado se referia á esa misma manda hecha á cualquier extraño.

También definian otros la manda ó el legado, diciendo que era una porción de bienes hereditarios que el testador deja á alguno en su testamento ó en su codicilo.

Hoy, repetimos, nuestro Código no define la manda y empieza esta sección con el art. 858, en el que se preceptúa que el testador podrá gravar con mandas y legados, (lo cual significa que no es la misma cosa, pues de serlo hubiera puesto la disyuntiva *ó* en vez de la cupulativa *y*), no sólo á su heredero

sino también á los legatarios, y que éstos no están obligados á responder del gravámen sino hasta donde alcance el valor del legado; lo cual ya venia determinado en la Ley 3.ª del mismo título y Partida indicada; según ella, el testador estaba autorizado para gravar si queria al heredero con la obligación de pagar los legados, y al mismo legatario hasta donde alcanzase la manda que á él le dejó, y el Digesto imponia esta obligación al instituido desde que aceptaba la herencia: pues esto mismo es lo que expresa nuestro Código en su artículo 858, y lo que se vé consignado en algunos Códigos modernos.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 675, proponia un precepto más extensivo; pues según él, por el hecho de la aceptación, los legatarios quedaban obligados á pagar los legados con que fuesen gravados aunque excediesen del importe de lo que se les dejaba en el testamento: pero este precepto que el Proyecto de 1851 tomó indudablemente de la Ley 70, párr. 1.º, lib. 31 del Digesto, se desechó como absurdo, y ya en el Proyecto de 1882 no se veia tal obligación, como no se vé en el artículo que comentamos, mas que hasta donde alcance el valor de lo legado.

Precedentes además de los antes indicados, tenemos en el párrafo 1.º, título 24, lib. 2.º de las Instituciones, en la Ley 2.ª, tít. 43, lib. 6.º del Código Justiniáneo y en la Ley 6.ª, tít. 9.º, Part. 6.ª, teniendo bastante relación el artículo que nos ocupa con los arts. 600 y 658 del mismo Código.

Concuerda con los arts. 1104 del Código de Chile, 865 y 868 del de Guatemala, 867 del Código de Uruguay, 1003 del Código de Veracruz-Llave, 1792 y 1793 del Código de Portugal, 3532 del de México, 3532 de Campeche y 3354 del Código de la Baja California.

Art. 859. Cuando el testador grave con un legado á uno de los herederos, él sólo quedará obligado á su cumplimiento.

Si no gravare á ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos.

Nada más natural que particularizar la obligación de pagar un legado cuando el testador grava solamente con dicha carga á uno de los herederos; y es lógico que éste quede sólo obligado á su cumplimiento; mas sino se gravare á heredero alguno determinadamente, todos los instituidos están obligados á pagar proporcionalmente esos legados, puesto que representan al testador, y desde el momento de la aceptación de la herencia responden de las cargas que la misma lleva consigo; y siendo una de esas cargas el legado, por más que éste aparezca como un acto, en virtud del cual el testador deja á una ó varias personas en calidad de donación *mortis causa*, ó por hacer algo en favor de aquel á quien lo deja, determinada ya la cosa ó cantidad, que es en lo que se diferencia el legado de la sucesión parcial, el heredero ó herederos deben responder de satifacer dichos legados.

Precedentes se encuentran en las Leyes 81, párrafo 4.°, lib. 30 del Digesto y 23, lib. 31 del mismo Digesto; observándose que proponian preceptos análogos en sus arts. 676 y 844 respectivamente, los Proyectos de Código de 1851 y 1882.

Concordancias se encuentran en los arts. 1017 del Código de Francia, 868 y 869 del de Italia, 1017 del de Bélgica, 787 del de Vaud, 3776 y 3798 del de la República Argentina, 867 del de Uruguay, 1005 del de Veracruz-Llave, 1846 del de Portugal, 289 y 290 del de Prusia; teniendo alguna analogía el art. 877 del Código de Guatemala y algún otro, como el art. 2392 del de Sajonia.

Art. 860. El obligado á la entrega del legado responderá en caso de evicción, si la cosa fuera indeterminada y se señalase sólo por género ó especie.

Es justo que el obligado á la entrega de un legado responda de la evicción si la cosa es indeterminada y sólo se señalare por género ó especie; pues dicho se está que si es de una cosa determinada cumple extrictamente con la voluntad del testador al entregarle dicha cosa, sin quedar sujeto á más, con tal que la entrega se hiciere de la misma cosa cierta y determinada por el testador, sea productiva ó no, defectuosa ó indefectuosa, de valor ó sin él; mientras que si siendo un legado de cosa determinada se señalare sólo el género ó la especie, natural es que el heredero responda de que este género ó esta especie sean de buenas condiciones; pues si al legar veinte caballos, el heredero creyese satisfacer dicho legado y cumplir la voluntad del testador con la entrega de veinte animales de la raza caballar, que de nada sirviesen por ser potros recien nacidos ó caballos demasiado viejos, estaria en un grande error y habria de responder de éste entregando el genero ó la especie á que se referia el legado en las condiciones regulares de buena edad y uso en que ordinariamente se aprecian los caballos, sin que su precio fuese ni de lo más caro ni de lo más barato.

Algo propusieron acerca de esto los Proyectos de Código de 1851 y 1882 en sus respectivos arts. 677 y 845, teniendo verdaderos precedentes el articulo que nos ocupa en las Leyes 58, tit. 2.°, lib. 21; 29, párrafo 3.°, lib. 32; y 45, párrafo 1.°, lib. 30 del Digesto.

Concordancias, ó más bien analogias, se encuentran en los arts. 397 y 398 del Código de Prusia, 3779 del Código de la República Argentina, 868 del Código de Uruguay, y 1006 del Código de Veracruz-Llave, siendo estos dos últimos enteramente iguales al que de nuestro Código nos ocupa.

Art. 861. El legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado á adqui-

rirla para entregarla al legatario; y, no siendo posible, á dar á éste su justa estimación.

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario.

Puede el testador legar cosas agenas en cuanto sean susceptibles de adquisición, y sabiendo que ajenas son. Esto ya se preceptuaba en nuestro antiguo derecho patrio, pues la ley 10, tit. 9.°, Part. 6.ª, prevenía lo mismo. Y, ¿de qué manera se realiza la transferencia de ese legado de cosa ajena? Pues sencillamente, obligando al heredero á que adquiera la cosa legada; y de hacerse imposible ésta adquisición, abonándole al legatario su justa estimación, lo cual ha previsto muy acertadamente el legislador para evitar el que abusando el dueño de la cosa exija por ella más de lo que vale.

Previene el útimo apartado del articulo que comentamos, que la prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario, y caso de ponerse en discusión ese conocimiento, nada más natural lógico y razonable es, que el legatario, único interesado, pruebe un hecho afirmativo del cual depende la validez del legado.

En Aragón y en Navarra, sólo es válido el legado de cosa ajena cuando sabía el testador que era de otro, ó cuando, sin saberlo, resulta de la pertenencia del heredero, pues en tal caso no hay necesidad de prueba.

En Cataluña, según algunos, el legado de cosa ajena es nulo; pero de esto nos hemos de ocupar á su tiempo, cuando tratemos de los legados ante el derecho foral.

Precedentes se encuentran en el derecho romano, en la Ley 14, párrafo segundo, libro 32 del Digesto; y preceptos análogos propusieron los Proyectos de Código de 1851 y de 1882, en sus arts. 679 y 846, respectivamente.

Los modernos Códigos ocupánse de esto, si bien difieren algún tanto en sus prescripciones, puesto que mientras unos siguen ciegamente los principios romanistas, otros declaran, como el Francés y el Belga, que el legado de cosa ajena es siempre nulo.

Concordancias vemos en el art. 1021 de Francia, cuyo precepto como el del art. 636 del Código de Vaud, el 1632 del de Luisiana, el 870 del de Uruguay, y el 1021 del de Bélgica, más que concordantes son enteramente contrarios al que de nuestro Código nos ocupa, puesto que, como hemos indicado antes, declaran nulo el legado de cosa ajena: los arts. 657 del Código de Austria, 1813 del de Holanda, 1008 del de Veracruz-Llave, como todos los que siguen al derecho romano, declaran válido el legado si al hacerlo el testador sabía que no era suya la cosa legada. El Código de Portugal, en su art. 1801, considera nulo dicho legado, salvo el caso de probarse que el testador ignoraba no le perteneciese, pagando el heredero al legatario el valor de dicha cosa, si no pudiera ad-

quirirla; como el Código Bávaro concede al legatario de cosa ajena el derecho de reclamar el valor de lo legado. El Código de México, en su art. 3538, el de la Baja California en su art. 3359, el de Campeche en su art. 3538, y el de Guatemala en su art. 870, declaran nulo el legado que el testador hace de cosa propia individualmente determinada que al tiempo de su muerte no se hallare en su herencia; mientras que el art. 837 del de Italia, (no el 841, como dice algún publicista), preceptúa que el legado de cosa ajena será nulo á no ser que se haya declarado en el testamento que el testador sabia que la cosa pertenecia á otro, en cuyo caso podrá el heredero adquirir la cosa legada para dársela al legatario ó pagarle su justo precio. Sin embargo, si la cosa legada aunque perteneciese á otro en el momento de hacer el testamento estuviese en la propiedad del testador al tiempo de su muerte, será válido el legado. Análogos principios se sustentan en el art. 1008 antes citado del Código de Veracruz-Llave, como en los art. 1106 al 1108 del de Chile, 1801 del de Colombia, 2457 y 2458 del de Sajonia, 384 del de Prusia, 3752 del de la República Argentina y otros varios.

Nosotros, antes de conocer los diferentes Códigos que acabamos de citar, y de ver que el mayor número de los Códigos modernos, precisamente los más notables, tienden á la nulidad del legado ajeno, abrigábamos la más firme persuasión de que lo extrictamente justo es que nadie pueda disponer de otras cosas que de las suyas propias; mas hoy, en vista de lo que preceptúan los Códigos de Francia, Bélgica, Italia, Uruguay, Vaud, Luisiana, República Argentina, Nápoles, Austria, Holanda, México, Campeche, Baja California y otros varios pueblos de los que por más civilizados pasan, no podemos menos de insistir con plena satisfacción en nuestra primitiva idea, de que el testador no puede legar sino sus propios bienes, y de que el legado de cosa ajena debe ser nulo, sepa ó no sepa el testador que la cosa legada en tales condiciones no le pertenecia; pues del mismo modo que las donaciones de cosa ajena son nulas y de ningún valor, deben ser nulas las disposiciones que se hagan en tales condiciones para después de la muerte, por cuanto no es serio, lógico ní justo el creer que el hombre pueda adquirir mayores facultades para después de su muerte que las que tenia durante su vida. Y por ello el legado de cosa ajena tiene que conceptuarse siempre como ilusorio, si sabia que no le pertenecia la cosa legada, porque dispuso de lo que no podia disponer, y si lo ignoraba, por que esta ignorancia implica la existencia de un error sustancial en la cosa que vicia y anula el acto efectuado.

Además, la declaración de validez de los legados de cosa ajena en la forma que los admitia el derecho romano y que sigue admitiéndolos nuestro Código, no puede menos de proporcionar litigios infinitos no solo para acreditar si el testador sabía ó no que la cosa legada fuese ajena, sino para en su dia demostrar el heredero al legatario que no pudo adquirir dicha cosa por negarse su

dueño á enagenarla, y acerca del valor de la misma que nadie tiene facultades para tasar las cosas ajenas, cuyo abono no siempre será á gusto del legatario; pues si éste tiene interés en que aparezca de un valor exageradamente alto ó elevado, el heredero ó el obligado a pagar dicho legado, mostrará indudablemente un interés contrario para que sea todo lo bajo que pueda ser, y de estas diferencias han de surtir necesariamente cuestiones cuya decisión costará más á veces que el valor de lo legado.

Nosotros creemos que cuanto pueda ocasionar cuestiones debe desaparecer de nuestro Código.

Art. 862. Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado.

Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento.

Con este articulo se viene á demostrar que, si el testador ignoraba fuese ajena la cosa legada, no quiso hacerse tal legado, pues de hacerlo lo verificaba bajo el supuesto de que le pertenecia, y por ello, como partía aquel legado de un supuesto falso, de aquí el que no pudiera tener eficacia. Mas pudiera suceder que apesar del supuesto de ignorar que la cosa legada no le pertenecia, cuando de ello se apercibiese la adquiriera; y entonces, aunque no estaba en su dominio cuando otorgó el testamento, como quiera que se encuentra ya en su propiedad cuando la muerte del testador acaece, no puede menos de ser válido el legado.

Para nosotros, seria más lógico que en vez de la redacción que se le ha dado á este art. 862, contradictoria hasta cierto punto entre sus dos apartados, puesto que si *el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena*, como se dice en el primer párrafo, mal podia *adquirir después de otorgado* el testamento, á no ser que hubiere venido en conocimiento de lo contrario, más lógico, repetimos, y más correcto hubiera sido que se hubiese redactado simplemente expresando que los legados serán válidos, aunque recayesen en cosas ú objetos que al otorgar el testamento no perteneciesen al testador, con tal que á su fallecimiento fuesen ya de su pertenencia; pues de este modo, y declarándolos nulos cuando asi no sucediese, no hubiera sido necesario el articulo anterior.

El Proyecto de 1851 en su art. 679, propuso preceptos análogos, como los proponia más tarde el art. 847 del Proyecto de 1882; y precedentes encontramos tanto en los párrafos 13 y 14, tit. 20, lib. 2.° de la Instituta, como en la ley 10, tit. 9.ª, Part. 6.ª.

No concuerda con el art. 1021 del Código de Francia, ni con igual articulo del Código Belga, como aseguran algunos publicistas, por cuanto preceptúan enteramente lo contrario, toda vez que declaran nulo el legado de cosa ajena, upiese ó no supiese que no le pertenecia.

Concuerda si con el art. 1802 del Código de Portugal, (no con el 1801 como algunos aseguran); con los arts. 870 del de Guatemala, 3538 del de Campeche, 3359 del de la Baja California, y 3538 del Código de México; siendo completamente contrario el art. 3752 del de la República Argentina, que cita algún publicista.

Art. 863. Será válido el legado hecho á un tercero de una cosa propia del heredero ó de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada ó su justa estimación, con la limitación establecida en el artículo siguiente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

Concédese eficacia en este articulo al legado que se hiciere á un tercero de cosa propia del heredero ó de un legatario. Es decir, que, conforme este precepto con lo que dijimos acerca de la facultad que el testador tiene de imponer legados al heredero y á los legatarios, al comentar el art 858, se presenta aquí el caso en que se encarga al heredero ó á un legatario pague á otro un legado ó entregue alguna cosa como tal legado á tercera persona, pudiendo recaer dicho legado hasta en cosa propia del heredero ó legatario á quienes se les impone la obligación de pagar ese legado; y los herederos y los legatarios á quienes tal deber se imponga, desde el momento que aceptan la herencia ó su legado, contraen la ineludible obligación de entregar la cosa legada ó su justa estimación hasta donde alcance su derecho en la cosa legada; es decir, que si sólo tiene el usufructo en la misma, no podrá conferir la nuda propiedad ó viceversa si sólo tiene el dominio directo, no transferirá el útil, ó si únicamente tiene derecho en una parte de la cosa, no ha de entregarla en su totalidad: todo ello sin perjuicio de dejar á salvo la legítima del heredero forzoso, y de no responder el legatario ni el heredero libre de más que de lo que reciba, bien al entregar la cosa objeto del legado, bien al hacer entrega de su justa estimación.

Tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 680 como el Proyecto de 1882 en su art. 848, propusieron preceptos análogos, y precedentes encontramos en la Ley 67, párrafo 8.°, lib. 31 del Digesto.

Concuerda con los arts 3754, ó mejor dicho, tiene alguna analogia en su segundo párrafo; párrafo 2.° del 870 del Código de Uruguay; 1803 del de Portugal, 838 del de Italia, 3573 y 3574 del de México, 2573 y 3574 del de Campeche; relacionándose perfectamente el art. 863 que al presente comentamos con los artículos 808 al 809 de este mismo Código.

Art. 864. Cuando el testador, heredero ó legatario tuvieren sólo una parte ó un derecho en la cosa legada, se entenderá limi-

tado el legado á esta parte ó derecho, á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

Este artículo está en perfecta relación con el anterior, en el que hemos indicado lo procedente acerca de la eficacia de los legados de cierta especie, y por ello nada más debemos exponer sobre el particular, pues es evidente que si á un heredero ó á un legatario se le impone la condición de satisfacer otro legado, y la cosa legada pertenece precisamente á aquella persona á quien se obliga á su adjudicación, no será preciso determinar lo que el buen sentido dicta, es decir, que el heredero ó legatario obligado no puede dar al otro legatario más que la parte de la cosa de que dispone; pero aquí el Código en la parte final de este artículo hace una salvedad que no nos atrevemos á calificar, pero que nos parece extraña por cuanto el salvar el caso en que el testador declare que lega la cosa por entero, parece significar que dicho testador cuando tal declaración hace, impone el deber de adquirir la totalidad de la finca para entregarla al legatario; y esto, en nuestro concepto, ni es justo ni es realizable, porque si el dueño de la otra parte de la cosa legada no se presta á enagenarla, nadie puede haber que le obligue; y en tal caso, difícil y más que difícil imposible le será cumplir esa voluntad del testador; pero es más, aún cuando en tales circunstancias se le impusiere al heredero el deber de abonar al tercer legatario lo que no pudiese adquirir, ó sea el valor de la parte de cosa que no le pertenecía, nunca puede llegar ese heredero, ni mucho menos el primer legatario, al extremo de pagar más de cuanto ellos adquirieron del testador, ni mucho menos perjudicarse en su legítima ó en los demás derechos que sobre la herencia tuvieren.

Proponían preceptos análogos los Proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus arts. 681 y 849 respectivamente; encontrándose concordancias en los arts. 3549 del Código de Campeche, 3369 del de la Baja California, 3549 del de México, 1804 del de Portugal, 3753 del Código de la República Argentina y 839 del de Italia, que es el que más se parece al nuestro, pues dice, que: *si el testador, el heredero ó el legatario no son propietarios más que de una parte de la cosa legada, ó de un derecho sobre la misma, será válido el legado en cuanto á esta parte ó derecho, á no ser que aparezca que la voluntad del testador era legar por entero la cosa*; conteniendo un precepto muy parecido al de nuestro artículo y al del art. 839 del Código Italiano, el art. 1010 del de Veracruz-Llave; como parecidos son el de Chile en su art. 1110, el de Colómbia en su art. 1168, y el de Sajónia en su art. 2460, debiendo hacer presente que el art. 841 del Código ya citado de Italia, viene á complementar el pensamiento, pues preceptúa que: *cuando el testador haya dejado, como perteneciéndole, una cosa particular, ó comprendida en cierto género ó especie, no tendrá efecto el legado si la cosa no se encuentra en el patrimonio del testador al tiempo de su falle-*



cimiento; mas si la cosa se encuentra en el patrimonio del testador al tiempo de su muerte, pero no en la cantidad indicada, el legado no tendrá efecto sino por la cantidad que se encuentra en dicho patrimonio.

Art. 865. Es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio.

Ya lo indicamos antes: las cosas que se hallan fuera del comercio de los hombres, no pueden ser objeto de legado: por lo tanto, está muy en su lugar el precepto que se acaba de consignar.

El legado de cosa que está fuera del comercio de los hombres, es y no puede menos de ser nulo. Así venia sosteniéndolo la Ley 13, tit. 9.°, Part. 6.ª; pues establecido tal principio por el derecho romano, del párrafo 4.°, tit. 20, libro 2.° de la Instituta de Justiniano, lo tomó nuestro derecho pátrio.

No hemos de decir aquí, que las cosas á que se refiere el artículo que comentamos, son las de derecho divino, bajo las que se cuentan las sagradas religiosas y santas; ni hemos de ofender la ilustración de nuestros lectores hasta el punto de señalar todas y cada una de las cosas que merecen el concepto de sagradas, religiosas y santas, pues en la conciencia está de todos su nomenclatura.

Lo mismo el art. 682 del Proyecto de Código Civil de 1851, que el art. 850 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos; y vense concordancias en el número 2 del art. 1811 del Código de Portugal, en el art. 1105 del de Chile, en el 3540 del de México, en el 3361 del de la Baja California, y en el 3540 del de Campeche.

Art. 866. No producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona.

Si el testador dispone expresamente que la cosa sea liberada de este derecho ó gravamen, valdrá en cuanto á esto el legado.

Ineficaz tiene que ser necesariamente el legado que se hace precisamente de una cosa que al otorgarse el testamento es ya del legatario que tal cosa había de recibir, aunque en ella tuviere algún derecho otra persona; mas si el testador dispone expresamente que dicha cosa sea liberada del derecho ó gravámen que otro en ella tuviere, el legado será valedero en cuanto para tal liberación sea necesario. Así es que, si Juan tiene una casa y de la misma le hace legado el testador Pedro, ese legado será ilusorio, porque nadie puede darle á Juan más derechos que los que en la casa propia tiene; pero si el mismo Juan tiene gravada con una hipoteca de 6.000 duros ó con usufructo, esa misma casa

de su propiedad, y el testador Pedro manda expresamente que su heredero libere de la hipoteca ó del derecho que sobre la misma otro tiene, el sucesor de Pedro satisface al acreedor de Juan los 6.000 duros y cancela la fianza, ó capitaliza ó arregla el usufructo, y satisface su importe ó lo pactado con el usufructuario, y el legado se entiende en lo que para aquella liberación costó.

El Proyecto de 1851, en su art. 682, y el Proyecto de 1882, en su art. 850, proponian preceptos análogos; y concordancias guarda el precepto que nos ocupa con los arts. 843 del Código de Italia, 3570 y 3571 del de Campeche, 3390 y 3391 del de la Baja California y 3570 y 3571 del de México, que juntos forman los dos artículos de cada uno de dichos Códigos un precepto casi idéntico al que de nuestro Código comentamos:

Art. 867. Cuando el testador legare una cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará á cargo del heredero.

Si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero.

Cualquiera otra carga, perpetua ó temporal, á que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador, son carga de la herencia.

Casuista se hace el Código al descender á los detalles que se prefijan en el artículo que acaba de consignarse; y aun cuando si en tal exposición de casos prácticos hubiérase atendido á las necesidades que el desenvolvimiento de esta teoría lleva consigo, y á las vicisitudes que en el ejercicio de la facultad de testar se hubieren de presentar, pareceria innecesario este precepto, no está de más que se determinen esos mismos casos, aunque no sea indispensable su determinación sentados ya los principios generales que se han expuesto acerca de las últimas voluntades y relativamente á los legados.

Es de buen sentido, que si el testador lega una cosa empeñada ó hipotecada para la seguridad de una deuda exigible, y nada manifestase expresamente acerca de que su voluntad es que el legatario adquiera con el legado una carga, debe entenderse, recordando el principio de la libertad de la propiedad, tan perfectamente sustentado en este Codigo, que el testador quiso, que el heredero pague la deuda exigible á que la cosa legada está afecta ó para cuya seguridad se hipotecó, y que entregue al legatario la finca libre de todo gravámen, como prescribe el primer apartado del articulo que comentamos.

Mas sino pagando el heredero aquella deuda, lo hiciere el legatario, justo

y natural es que éste quede subrogado en el lugar y derechos del acreedor, para reclamar del heredero su pago y cuantos perjuicios por la falta del heredero hubiere sufrido el legatario que ya reune la condición de tal, mas la de acreedor.

Y luego el tercer apartado del artículo que nos ocupa, parece que contradice á los anteriores; pero bien mirado, no envuelve contradicción alguna, pues realmente una cosa es el empeño, ó la hipoteca que se constituye sobre una finca para la seguridad de una deuda exigible, y otra cosa es la carga de distinta especie á que se halla afecta la cosa legada, pues siendo aneja á ella, con su anexion pasa al legatario, si bien éste sólo satisfará la renta ó réditos que graven la finca desde el día en que se le haga entrega de la cosa legada, siendo de cuenta de la herencia los anteriores réditos, sea perpétua ó temporal la carga.

Legado pignoraticio ó de cosa pignorada, se llamó á esto entre algunos tratadistas, legado del cual se ocupaba ya la Ley 11, tít. 9.º, Part. 6.ª, debiéndose rescatar por el heredero la cosa legada que estuviese empeñada por todo ó más de su valor, antes de entregarla al legatario.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 683, y el Proyecto de 1882, en su art. 851, propusieron preceptos análogos; y precedentes encontramos en las Instituciones de Justiniano tít. 20, lib. 2.º, párrafo 5.º, en algunas leyes del libro 31 del Digesto, y en la Ley de Partida anteriormente citada.

Concordancias vemos en los arts. 1020 del Código Francés, 1020 del de Bélgica, 1135 del de Chile, 1012 del de Holanda, 1031 del de Luisiana, 3755 del de la República Argentina, 635 del de Vaud, 1816 y 1845 del de Portugal, 871 del de Uruguay, 3554 y 3557 del de México, 3374 y 3376 del de la Baja California, y 3554 y 3557 del de Campeche; de todos los que son dignos de notar especialmente el Francés, el Belga, el Portugués, el de México, Campeche y Baja California, iguales entre sí y muy semejantes al nuestro, siendo los menos expresivos bastante explícitos para que hagan comprender suficientemente lo que antes explicamos.

Art. 868. Si la cosa legada estuviere sujeta á usufructo, uso ó habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan.

Consecuencia el precepto de este artículo, de la prescripción comprendida en el apartado último del artículo anterior, es lógico determinar que si la cosa legada estuviere sujeta á usufructo, uso, ó habitación, el legatario debe respetar los referidos derechos hasta que se extingan legalmente, pues tal carga aneja es á la finca, y conocerla pudo el legatario al tiempo de aceptar el legado.

En su parte esencial proponía lo mismo el art. 684 del Proyecto de 1851, y luego lo que propuso el Proyecto de 1882 en su art. 852, parece ha servido de base al precepto que al presente comentamos.

Tiene gran relación con los arts. 77, 82 y 105 de la Ley hipotecaria y con los arts. 407, 503, 524 y 529 de este mismo Código.

Concordancias encontramos en los arts. 872 del Código de Uruguay, 1833 y 1834 del de Portugal, 878 del de Italia, 3556 del de México; 3376 del de la Baja California, y 3556 del de Campeche.

Art. 869. El legado quedará sin efecto:

1.° Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.

2.° Si el testador enajena, por cualquier título ó causa, la cosa legada ó parte de ella, entendiendose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto á la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

3.° Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, ó después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado á pagar el legado responderá por evicción, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el art. 860.

Señálase en este artículo la manera de quedar sin efecto el legado, y se consigna en primer término la transformación de la cosa legada hasta el punto de perder la denominación que tenía; y realmente cuando esta transformación la hiciere el mismo testador que la legó, parece lógico suponer que implícitamente quiso anular el legado hecho, pues de otra manera no hubiera modificado la esencia de la cosa legada, y por ello está perfectamente en su lugar el precepto del número primero del artículo 869 que comentamos.

En cuanto al segundo número de dicho artículo es tambien de buen sentido que se considere cuanto en él se previene como fundamento bastante para dejar sin efecto el legado de la cosa que se enajena, ya sea por título oneroso, ya por lucrativo, sin distinguir aquí como lo hacia la Ley de Partida si la enajenación ha sido voluntaria ó necesaria, pues realmente no puede admitirse tal diferencia, porque sobre ser difícil demostrar si la verdadera causa de la enajenación ha sido el expontáneo y libre deseo del testador, ó reconoció como origen un angustioso apuro del mismo, siempre el sostenimiento de estas diferencias, daría lugar á litigios sin número y no produciría el mejor resultado; y, de tal modo deja sin efecto el legado tal enajenación, que aun cuando volviera nuevamente al dominio del testador la cosa enajenada, no adquirirá

ya fuerza dicho legado por más que esa reversión de la cosa tuviera lugar por nulidad del contrato, y sólo conservaría su vigor el legado si la readquisición de la cosa vendida tuviera lugar en virtud del pacto de retroventa, ó carta de gracia como se dice en Aragón y Cataluña.

El tercer número del artículo que comentamos prefija como causa de quedar sin efecto el legado, la extinción de la cosa legada, bien sea viviendo el testador, bien después de su muerte, sin culpa del heredero; pues si la cosa legada perece en esos términos y es determinada individualmente, perece para el legatario como hubiera perecido para el testador, y por consiguiente su desaparición extingue el derecho que el legatario pudiera tener á ella; mas, si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el art. 860 de este mismo Código, el testador responderá por evicción del pago de iguales cosas del género á que se refiere el legado, porque el género nunca perece, y no pereciendo el género no perece el legado.

El artículo que nos ocupa, tiene sus precedentes en varias leyes del Digesto, y en la Ley 42, tít. 9.ª, Part. 6.ª, en cuanto al primer número que en el mismo se contiene, pues en virtud de aquellas disposiciones el legado no subsistiría si la cosa legada sufriera una transformación que le impidiese volver á su primitivo estado, ó si el testador hiciere de ella una nueva especie.

Se ven en la Instituta, tít. 20, lib. 2.º, como en el Digesto, leyes 8.ª, 18 y 24, tít. 1.º, lib. 34, y 11, párrafo 12 del libro 32, antecedentes tales que parece haber tomado nuestro derecho patrio sus principios en esa parte del derecho romano, y que transcritos fueron á las leyes 15, 17 y 40, tít. 9.º, Part. 6.ª, en las que podría decirse está calcada la esencia de los preceptos contenidos en el número segundo del artículo que comentamos.

Y, en cuanto al tercer número de este artículo, vemos análogos precedentes á los anteriores en los párrafos 16, 17 y 18 de la Instituta, libro 2.º, tít. 20 de *legatis*; ley 22, párrafo 2.º Digesto de *legatis*, y ley 41, tít. 19, Part. 6.ª, teniendo alguna relación el artículo que nos ocupa con el 1475 del mismo Código.

Tanto el art. 685 del Proyecto de Código de 1851, como el 853 del de 1882, propusieron preceptos análogos que hoy se ven algún tanto modificados por el artículo que comentamos, y concordancias vemos en los arts. 892 y 893 del Código de Italia, llegando éste Código á dejar sin efecto el legado, hasta cuando la cosa legada sea vendida á pacto de retro, y aun cuando la venta sea nula y vuelva por este motivo la cosa á la propiedad del testador.

Concordancias ó, mejor dicho, preceptos idénticos se ven en los arts. 1038 y 1042 del Código Francés, cuya doctrina se ha sustentado por el Tribunal de Casación de aquel país en varias sentencias, entre otras las de 25 Abril de 1825, 17 Mayo de 1824, 15 Febrero de 1827, 1.º Diciembre de 1851, 27 Marzo de 1855, 15 Mayo de 1860, 18 Junio de 1862 y 19 Agosto del mismo año.

Concuerda también con los arts. 677 y 679 del Código de Vaud, 724 del Có-

digo de Austria, 1135 del Código de Chile, 1688 y 1690 del de Luisiana, 1043 del de Holanda, 1038 y 1042 del de Bélgica, 1015 del de Veracruz-Llave, 895 del de Guatemala, 908 del de Uruguay, 1811 del de Portugal, en sus números 1.°, 3.°, 4.°, y último apartado del mismo; 3803 y 3838 del de la República Argentina, 1688 y 1690 del Luisiana, 3541 al 3543 del de México, 3362 al 3364 del de Código de la Baja California, 3541 al 3543 del de Campeche y otros.

Art. 870. El legado de un crédito contra tercero, ó el de perdón ó liberación de una deuda del legatario, sólo surtirá efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador.

En el primer caso, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor.

En el segundo, con dar al legatario carta de pago, si la pidiere.

En ambos casos, el legado comprenderá los intereses que por el crédito ó la deuda se debieren al morir el testador.

Repetimos al comentar este artículo lo que hemos dicho al ocuparnos de algunos otros relativos á los legados, y es que el Código en esta materia es casuístico por demás y este casuismo embaraza su estudio y obliga á una difusión extraordinaria en los comentarios, dando lugar quizá á repeticiones que hacen pesado el trabajo y poco amena la lectura de una obra de esta naturaleza. Este Código, como el de la República Argentina, ha tratado la cuestión de legados con un lujo de detalles que amengua el mérito de los acertados principios que dominan en su mayoría; pues hay cosas que en la vida práctica se resuelven sin más que atender á las bases generales del derecho, y sin necesidad de consignar en un Código todos y cada uno de los casos que puedan ocurrir, pues cualquiera que tal se proponga, se encontrará con que un día aparecen casos nuevos, y acostumbrado el que maneja el Código á esa especie de tutela legal, y á esa sujeción extricta á un precepto escrito, el dia que ese nuevo caso venga, el juzgador, lejos de elevarse á la esfera de los principios, para, por deducción de aquellos, decidir los asuntos, se encontrará como el niño que no se le ha dejado andar por sí mismo, y que necesita para todo el apoyo de su acompañante.

Es de buen sentido que si el testador *Juan* lega á *Pedro* un crédito que contra *Diego* tiene, este legado sólo surtirá efecto en la parte de crédito que subsista al tiempo de la muerte del testador: esto se halla en la idea de todos los que regularmente discurren, y por ello es innecesario que la ley lo diga; como es de sindéresis que si el testador lega á uno, lo que ese uno ó sea el lega-

tario le adeuda, el legado ha de surtir efecto en cuanto á la deuda subsistente á la muerte del testador. Y no cabe duda que á la muerte de éste, su heredero cumple con el legatario de crédito, cediéndole todas las acciones que pudieran ejercitar contra el deudor; asi como en el legado de perdón ó liberación, llena su cometido el heredero dándole ápoca, carta de pago, ó recibo, según los casos, de aquello que hubiera tenido que pagar materialmente á la herencia si no hubiese sido favorecido por el testador con tal legado.

Lo único que hubiera podido haber ofrecido duda, era el último apartado del articulo que nos ocupa, ó sea si corresponderian al legatario ó al heredero los intereses que por el crédito ó la deuda se debieren al morir el testador; y el Código se decide en dicho apartado porque dichos intereses correspondan al legatario, poniendo asi en relación la fecha en que se otorgó el testamento, dónde se hizo el legado, con la época de la muerte del testador; es decir, conceptuando anejos al legado los intereses que por razón del mismo debieran haberse percibido antes de la muerte del causante.

Precedentes encontramos en el párrafo 21, tit. 20, lib. 2.°, de la Instituta, y en las Leyes 15 y 47, tit. 9.°, Partida 6.ª, asi como en varias otras disposiciones del Digesto; y relación tiene el articulo que nos ocupa con el 1187 del mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 686, y el de 1882, en el art. 854, propusieron preceptos análogos; y existen concordancias entre el articulo que nos ocupa y los arts. 3559 al 3561 del Código de México, 1047 del de Holanda, 3379 al 3381 del de la Baja California, 3559 al 3561 del de Campeche, 1016 del de Veracruz-Llave, 664 del de Austria, 408 del de Rusia, 1127 del de Chile, 876 del de Uruguay, 3783 y 3786 del de la República Argentina, 1821 del de Portugal y 844 del de Italia.

Art. 871. Caduca el legado de que se habla en el artículo anterior si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento.

Por el legado hecho al deudor de la cosa empeñada sólo se entiende remitido el derecho de prenda.

Como quiera que al demandar el testador al legatario de deuda ó liberación ó de crédito á tercero, como quiera repetimos que al verificar estas demandas el testador expresa de modo bien manifiesto su deseo de que no subsistan ni el crédito ni la deuda legada, y lo que es más, extingue la esencia de la cosa, puesto que desde el momento de su cobro, desaparece la cosa prestada, de aqui el que cuando existe esa demanda posterior al testamento en que se otorgaron cualquiera de esos legados indicados, caducan éstos, por-

que se ve en aquellas demandas la clara revocación aúnque indirecta de la constitución de aquellos legados; y caducan, aunque al fallecimiento del testador no se hubieran realizado tales créditos, porque para ello basta con la manifiesta voluntad del testador.

El legado que se hiciere al deudor de la cosa empeñada, sólo puede entenderse respecto de la remisión del derecho de prenda, sin extenderse jamás á la acción personal para cobrar la deuda á no ser que por el testador se expresase claramente lo contrario; y lo mismo debe suceder por analogia con el legado de la cosa hipotecada.

Los Proyectos de 1851 y de 1882, en sus respectivos arts. 687 y 855, propusieron preceptos análogos; y encontrándose precedentes del articulo que comentamos en la Ley 15, tit. 9.°, Partida 6.ª, no podemos menos de ver concordancias en los arts. 1821 del Código de Portugal, 877 del de Uruguay, 1017 y 1019 del de Veracruz-Llave, 3550 del de México, 3370 del de la Baja California y 3550 del de Campeche, estos tres últimos Códigos por lo que respecta al último apartado del articulo que comentamos, pues en cuanto al primer apartado se ven preceptos enteramente contrarios tanto en el art. 3564 del Códigode México y de Campeche, como en el 3384 del de la Baja California.

Art. 872. El legado genérico de liberación ó perdón de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacer el testamento, no las posteriores.

Al comentar el art. 870, digimos ya lo procedente respecto de un legado de perdón ó de liberación de una deuda del legatario, y lo que allí digimos acerca de la especie, puede en parte hacerse extensivo al género, pues aúnque allí se diga que el perdón ó liberación de una deuda del legatario sólo surtirá efecto en la parte de deuda subsistente al tiempo de la muerte del testador, esto no pugna con el precepto de este art. 872, que ahora comentamos, pues evidente es que las deudas que se perdonan, ó de las que se trata al hacer un legado genérico de liberación ó perdón, son las existentes al tiempo de otorgar el testamento, no á las que posteriormente se contrajesen podia referirse, porque el testador no podia legar lo desconocido é indeterminado hasta el extremo de no existir ni saber si existiria.

En relación está este articulo con el 1187 de nuestro mismo Código, y con lo que propusieron tanto el art. 689 del Proyecto de 1851, como el 857 del Proyecto de 1882; concordando con el art. 3783 del Código de la República Argentina, con el 666 del Código de Austria, el 1130 del de Chile, el 872 del de Guatemala, donde se expresa que la condonación de deuda hecha en calidad de legado no comprende sino lo debido por el legatario al testador hasta la fecha del testamento; mientras que el art. 878 del Códigdo el Uruguay previène que

si se lega á un deudor lo que debe, sin determinar suma, no se comprenderán en el legado sino las deudas existentes á la fecha del testamento. También concuerda con el art. 3566 del Código de México, el 3386 del de la Baja California, y el 3566 del de Campeche, siendo los preceptos de estos tres Códigos exactamente iguales al que de nuestro Código comentamos; sin que deje de tener analogías con el art. 1188 del Código de Colombia.

Art. 873. El legado hecho á un acreedor no se imputará en pago de su crédito, á no ser que el testador lo declare expresamente.

En este caso el acreedor tendrá derecho á cobrar el exceso del crédito ó del legado.

Lógico es, y no cabe duda alguna, que cuando no se expresa por el testador el legado hecho á un acreedor, no se imputa ni puede imputarse como pago de su crédito, porque el legado es un acto expontáneo de la libérrima voluntad del testador que beneficiar quiere á una persona, dejándole graciosamente una cosa para después de su muerte, mientras que el crédito que un particular tenga contra el testador, es una obligación sagrada que éste debe cumplir, legando ó no legando cosa alguna á su acreedor; pero, si ese legado se dejase para imputarlo al crédito, el acreedor tiene perfecto derecho al cobro de lo que exceda su crédito si el legado es de menor valor, y si fuere mayor tiene también derecho á recibir todo el legado.

Precedentes se encuentran en la ley 85 del Digesto, de *legatis*, 2; ley 19, título 9.°, Part. 6.ª, y en el Proyecto de Código de 1882 propuso su art. 858 preceptos análogos: concordando con los arts. 3567 y 3568 del Código de Campeche, 3787 del de la República Argentina, 845 del de Italia, 1023 del de Francia, 1131 del de Chile, 1023 del de Bélgica, 1820 del de Portugal, 874 del de Guatemala, 880 del de Uruguay, 3567 y 3568 del de México, 3387 y 3388 del de la Baja California, siendo estos dos últimos iguales á los dos apartados del nuestro; 1189 del de Colombia, y 2485, al 2488 del de Sajonia.

Art. 874. En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvas las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador.

Aquí el legislador entra con referencias á preceptos que corresponden al libro cuarto de este mismo Código, y que se determinan en los arts. 1131 al 1136 del mismo. Los legados alternativos, pues, quedan sujetos á las prescripciones que acabamos de citar y como tales deben cumplirse por completo en una de sus alternaciones, si bien no podrá exigirse que el testador cumpla entregando parte de uno y parte de otro legado alternativamente dejados, y tampo-

co el legatario podrá elegir uno de los legados imposibles, por más que, como el acreedor, en las obligaciones alternativas pueda optar por lo que parezca más razonable.

Según las leyes 34, párrafo 14, libro 30; y 23, libro 31 del Digesto, la elección correspondia al legatario, y podia, en su consecuencia, elegir lo que mejor le conviniese del legado alternativo, que no es más que aquel en que se deja una cosa ú otra; mas hoy, como el legado alternativo ha de seguir las reglas de las obligaciones alternativas, y éstas generalmente se hallan sometidas á la voluntad del que las ha de cumplir, de aquí el que la elección de aceptar una ú otra cosa legada en el legado de tal especie, sea del que haya de satisfacerlo, con las modificaciones impuestas por el testador cuya voluntad en esta materia es la suprema ley, en lo compatible con la ley natural y la ley positiva.

Parece copiado el precepto que nos ocupa de lo que propuso el art. 692 del Proyecto de Código civil de 1851, y análogo es cuanto proponia el art. 859 del Proyecto de 1882.

Concordancias encontramos en el art. 3758 del Código de la República Argentina, que es en su primera parte exactamente igual al nuestro, puesto que preceptúa terminantemente que en los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones alternativas. Concuerda también con los arts. 1829 y 1830 del Código de Portugal, en los que se sienta la regla general de que la elección corresponde al heredero si el testador no la hubiere conferido expresamente al legatario; como en el art. 884 del Código de Uruguay se presume que en los legados alternativos se deja la elección al heredero; y en el art. 871 del Código de Guatemala se dice que en el legado de una cosa mueble indeterminada, la elección corresponde al encargado de pagarla, si el testador no dispusiere lo contrario. Preceptos análogos contiene el art. 1117 del Código de Chile; y los arts. 874 y 875 del Código de Italia sientan la presunción general de que la elección se deja al heredero, como lo dan á entender los arts. 3590 al 3592 del Código de México, 3409 al 3411 del Código de la Baja California y 3590 al 3592 del de Campeche; pues aun cuando en los primeros de dichos artículos se prescribe que en los legados alternativos la elección corresponde al heredero, si el testador no la concede expresamente al legatario; en los otros artículos citados se determina que si la elección es del heredero puede entregar la cosa de menos valor, si la elección corresponde al legatario puede escoger la cosa de mayor valor; y que en general los legados alternativos se rigen por las reglas prescritas para las obligaciones alternativas.

De manera, que según en lo expuesto vemos, todos ó la mayoria de los Códigos modernos previenen lo contrario sobre esta materia que lo que ordinariamente se establece en el derecho romano.

Art. 875. El legado de cosa mueble genérica será válido aun que no háya cosas de su género en la herencia.

El legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia.

La elección será del heredero quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

Distingue aquí el legislador entre los legados de cosas muebles y cosas inmuebles, los genéricos y los no determinados, y dá la elección de su cumplimiento al heredero, en lo cual no hace más que regularizar lógicamente la marcha que ha de seguirse en la ejecución de un testamento en cuanto al pago de legados. Es legado de género el que se hace de cosas de una clase sin precisarlas, aunque designándolas por su nombre genérico, como por ejemplo una docena de sillas, veinte cabezas de ganado lanar, treinta fanegas de trigo; y esta clase de legados se consideran eficaces aun cuando no existan cosas de su género en la herencia, por cuanto el heredero puede comprarlas y obligado está á ello para entregarlas al legatario sin que de ese género escoja lo mejor ni lo peor; pero cuando el legado es de cosa inmueble no determinada, no precisa, como cuando se lega una casa sin decir cual sea, el heredero no está obligado á pagar aquel legado que no se considera como válido sino hubiese casas en la herencia.

El derecho romano concedia al legatario la elección en este caso del párrafo 1 ° del artículo que comentamos, limitándose á escogitar cosas que no fueren ni las mejores ni las peores de las de su genero, y por la Ley 23, tit. 9, Partida 6.ª, que tomada fué de aquel derecho, sustentábanse los mismos principios; pero vino el Proyecto de 1851, y en su art. 691 propuso un precepto equivalente al que consignado queda en el artículo que de nuestro Código comentamos; y el Proyecto de 1882, en su art. 860, propuso también preceptos análogos aunque alguna disparidad existe en su redacción.

Relaciónase el artículo que nos ocupa con los arts. 334 al 336 de nuestro mismo Código, en cuanto en estos se determina la diferente nomenclatura y significado de los bienes inmuebles y de los bienes muebles, nomenclatura que precisamente ha de tenerse presente para la aplicación de los referidos legados.

El Código de la República Argentina, en su art. 3756, preceptúa que el legado de cosa indeterminada, pero comprendida en algún género ó especie determinada por la naturaleza, es válido aunque no haya cosa de ese género ó especie en la herencia, y que la elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad superior ó inferior, habida consideración al capital hereditario y á las circunstancias personales del legatario, lo cual sino está del todo conforme con los preceptos de nuestro Código, puesto que no hace la diferencia que hacemos nosotros entre muebles é inmuebles, fija en cuanto á la cosa indeterminada lo bastante para dar una regla de acción al

cumplimiento del legado; de la misma ó parecida manera que lo hace el Código Francés en su art. 1022, el de Nápoles en el art. 977, el art. 1015 del de Holanda, el 1116 del de Chile y algunos otros.

Concuerda también con el art. 888 del Código de Uruguay, y con el 871 del de Guatemala antes citado, pero el de Uruguay es más preciso y circunstanciado, toda vez que determina que si se legó una cosa entre varias que el testador creyo tener, y no ha dejado más que una, se deberá la que ha dejado, y si no ha dejado ninguna, no valdrá el legado: y que tampoco valdrá el legado de una cosa indeterminada, de aquellas cuyo valor no tiene límites, como una casa, una hacienda de campo, si no existiera alguna del mismo género entre los bienes del testador.

El Código de Veracruz-Llave, en su art. 1022, concuerda también con el artículo 875 que de nuestro Código nos ocupa, si bien que sin establecer la diferencia que fija el nuestro entre cosas muebles é inmuebles, pues al igual que el de la República Argentina, previene que el legado de cosas indeterminadas pero comprendidas en algún género ó especie determinada por la naturaleza ó por designación del hombre, es válido, aunque no haya cosas de aquel género ó especie en la herencia; siendo en este caso la elección del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de calidad superior ni inferior, habida consideración al capital hereditario y á las circunstancias personales del legatario.

Con el párrafo primero de nuestro art. 875, concuerda el 1805 del Código de Portugal, que contiene un precepto igual con ligera variante de redacción; mientras que más bien que verdadera concordancia vemos sólo analogía con los párrafos segundo y tercero de nuestro Código, en el art. 1827 de dicho Código Portugués.

Existe también verdadera concordancia con nuestro art. 875, en los artículos 3544, 3545 y 3548 del Código de México, 3365, 3366 y 3368 del Código de la Baja California, correspondiendo el contenido del primero y último de los artículos de cada uno de los citados Códigos. con los apartados primero y segundo de nuestro art. 875, y el segundo de cada uno de aquellos con el último apartado de éste.

Más, si estudiamos detenidamente los Códigos de Chile y de Colombia en sus arts. 1115 y 1116 del primero, 1173 y 1174 del segundo, nos encontraremos con prescripciones casi idénticas entre si, pues según uno y otro Código, los legados de género que no se limitan á lo que existe en el patrimonio del testador, como una vaca, un caballo, etc., etc., imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad ó valor del mismo género; y si se lega una cosa de valor ilimitado, como una casa, etc., etc., y no existiese en la herencia ninguna del mismo género, el legado no prosperará.

También vemos alguna analogía en los arts. 1173 y 1174 del Código de Co

lómbia, 1115 y 1116 del de Chile, y 2493 en relación con el 697 del Código de Sajónia.

Art. 876. Siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero ó al legatario, el primero podrá dar, ó el segundo elegir, lo que mejor les pareciere.

Legado de opción llamaban antiguamente al que en este articulo se consigna, y así debe llamarse en efecto, porque lo mismo el heredero que el legatario pueden elegir lo mejor ó lo peor para cumplir la voluntad del testador.

Las leyes 23 y 25, tit. 9.°, Part. 6.ª, se ocuparon de tal legado, tomado del derecho romano y muy principalmente de la Ley 9.ª, párrafo 1.°, tit. 3.°, lib. 4.° del Digesto, donde también se trató de la irrevocabilidad de la elección de que se ocupa nuestro Código en el articulo siguiente.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 692, y el de 1882 en su articulo 861, propusieron preceptos análogos, pues se redactaron en términos muy semejantes al del art. 3757 del Código de la República Argentina, proponiendo que: *el heredero podría, cuando el testador le dejase la elección, dar lo peor, y cuando la elección fuese del legatario, podrá éste escoger lo mejor;* lo cual viene á significar en otras palabras el precepto del articulo que de nuestro Código comentamos.

Concordancias encontramos en el art. 1828 del Código de Portugal, en el 889 del de Uruguay, en el 1117 del de Chile, en el 388 del de Prusia, en el 873 del de Italia, 3546 del de México, 3367 del Código de la Baja California, y 3546 del de Campeche.

Art. 877. Si el heredero ó legatario no pudiere hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho á los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable.

Por circunstancias independientes de la voluntad del heredero ó del legatario, puede suceder muy bien que estos no pudieran hacer la elección que se les concedió por el testador; y en tal caso ese derecho queda transferido ipso-facto como otro cualquiera que les perteneciese á sus respectivos herederos siendo en uno y otro caso irrevocable la elección, lo cual es tan equitativo y tan justo que no hay para que comentarlo, puesto que por si mismo se explica.

Las leyes romanas tanto en la Instituta como en el Digesto se ocuparon de este particular bajo los titulos de Opt. leg. como se ocupó tambien la Ley 26, tit. 9.°, Partida 6.ª; y respecto de la irrevocabilidad de la elección ya dijimos antes que tanto las leyes romanas como las leyes de Partida la consideraron irrevocable.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 862 propuso preceptos análogos, y existen concordancias tales con el art. 1830 del Código Portugués, que parece el nuestro copiado de aquel. Tambien concuerda con el art. 3593 del Código de Campeche, 3412 del de la Baja California, 3593 del de México, y 875 del de Italia, cuyo primer párrafo es enteramente igual al precepto que de nuestro artículo nos ocupa, como tiene cierta analogía con el art. 1117 del Código de Chile y el 1175 del de Colombia.

Art. 878. Si la cosa legada era propia del legatario á la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada.

Si el legatario la hubiese adquirido por título lucrativo después de aquella fecha, nada podrá pedir por ello; mas, si la adquisición se hubiese hecho por título oneroso, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla.

Al comentar el art. 866 de este mismo Código, dijimos ya que el legado hecho de una cosa que era propia del legatario á la fecha del testamento, no podía producir efecto, por cuanto siendo el legado un obsequio que el testador hace en beneficio del legatario no podia beneficiársele con cosas que ya le pertenecian; y esto se dijo aun tratándose de cosas en que otra tercera persona pudiera tener algún derecho, lo cual demuestra claramente qne la cosa legada no puede consistir jamás en aquello que está en el dominio del legatario; y por tanto es inconcuso que si al tenor de lo prevenido en el articulo antes citado no podia entenderse que se legaba ni aún la liberación de un gravamen ó de otro derecho á que la misma cosa estaba afecta, á no ser que asi expresamente lo manifestase el testador, mucho menos podia considerarse válido el legado de cosa que en su integridad pertenecia al legatario cuando se legó, aunque despues la hubiere enajenado.

Es más, si el legatario adquiriera después por titulo lucrativo la expresada cosa, nada podia pedir al heredero de aquel testador que tal legado le hizo, pero si adquirió la cosa después del otorgamiento del testamento, y la adquisición se efectuó á titulo oneroso ó sea mediante el desembolso de su precio ó en cambio de otra equivalente, el legatario en tal caso tiene derecho de reclamar del heredero la indemnización de lo que él hubiera dado por adquirir la cosa legada; lo cual es perfectamente correcto y justo toda vez que ni la cosa pertenecía al legatario cuando el testamento se otorgó, ni si la obtuvo con posterioridad ó sea antes de la muerte del testador, fué de la manera beneficiosa y lucrativa que hace ineficaz cualquier legado por corresponder á la misma idea que entraña la acción de legar ó sea la de beneficiar al legatario.

Tanto el Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 693, como el Proyecto de 1882, en su art. 863, proponian preceptos análogos, y precedentes se ven en el Derecho Romano muy especialmente en el párrafo 10, tít. 20, lib. 2.° de la Instituta, asi como en nuestro antiguo derecho se encuentran en las Leyes 37 y 38, tít. 9.°, Partida 6.ª

Concordancias vemos en el párrafo 2.° del art. 3754 del Código de la República Argentina, en el 843 del de Italia, el cuál es indudablemente el más expresivo y técnico de cuantos preceptos contienen los modernos Códigos; en los arts. 661 del Código de Austria, 1106 del de Chile, 1024 del de Veracruz-Llave, 3570 al 3572 del de Campeche, 3390 al 3392 del de la Baja California, y 3570 al 3572 del de México, si bien en estos tres Códigos cuyos articulos citados forman en conjunto un cuerpo de prescripciones muy semejante al que de nuestro Código comentamos, no hacen la diferencia de si la adquisición posterior al testamento se ha adquirido por el legatario á título oneroso ó lucrativo, pues realmente dicen sólo que si el legatario adquiere la cosa legada después de otorgado el testamento, se entiende legado su precio; mientras qne el articulo citado del Código de Veracruz-Llave es igual al nuestro.

Art. 879. El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad.

El de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa.

Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia.

Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad en dinero ú otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

El legado de educación, como su mismo nombre dice, consiste en atender a la instrucción del legatario en cuanto se refiera al cultivo de su inteligencia y dirección de las fórmulas sociales que el individuo debe ostentar según su condición y clase. La Ley 24, tít. 9.°, Part. 6.ª, no se ocupó de este legado al hacerlo del de alimentos, porque conceptuaba comprendido el uno en el otro, como sucedia en las leyes del Digesto 22 y 23, tít. 1.°, lib. 34 de donde las Partidas tomaron tales prescripciones.

El art. 846 del Código de Italia comprende, bajo el legado de alimentos, la manutención, el vestido, la habitación, y lo demás necesario durante la vida del legatario, si bien expresa que puede extenderse según las circunstancias á

la instrucción que corresponda á su condición; lo cual significa en nuestro concepto que en dicho Código de Italia siguen confundiéndose como en Roma y en nuestro antiguo derecho los legados de educación y de alimentos, confusión que parece también sostenerse en el art. 1831 del Código de Portugal, puesto que al tratar del legado de alimentos, expresa que estos comprenden no sólo la alimentación propiamente dicha, sino el vestido y la habitación generalmente, comprendiendo también la educación, cuando se trata de un menor de edad.

Idéntica confusión del legado de alimentos y de educación ó instrucción, se ve en el art. 3790 del Código de la República Argentina; y el art. 895 del Código de Uruguay, al tratar de los legados de alimentos, dice en su último apartado que: *el legado de educación durará hasta que el legatario sea mayor de edad*; exponiéndose lo mismo en el art. 1025 del Código de Veracruz-Llave.

Concordancias semejantes se ven en el art. 1134 del Código de Chile, 672 y 673 del de Austria, 441 del de Prusia, 3580 y 3581 del de Campeche, 3399 y 3400 del de la Baja California, y 3580 y 3581 del de México, en los cuales separadamente del legado de alimentos se preceptúa que el legado de educación dura hasta que el legatario sale de la menor edad, y cesa también cuando antes de llegar á la mayor edad tuviere profesión ú oficio con que poder subsistir, ó contrajera matrimonio; lo cual indica bien á las claras que aun que apartadamente dichos tres últimos Códigos tratan de la educación, la consideran tan relacionada con los alimentos, que en cuanto el menor tiene un ejercicio profesional con cuyo producto pueda atender á sus necesidades, conceptuan terminado dicho legado de educación; y en cuanto al matrimonio, no comprendemos pueda ser causa para que cese el legado de educación aun en la menor edad, á no ser que se considere que el hombre al casarse ha completado su educación social.

El art. 694 del Proyecto de 1851, y el 864 del de 1882, proponian análogos preceptos al que de nuestro Código nos ocupa.

También se ocupa este artículo en su segundo apartado, del legado de alimentos que durará mientras viva el legatario, si otra cosa no dispusiese el testador, y si realmente no se hubiere señalado una cantidad determinada por el mismo testador para tales alimentos, deberá tenerse en cuenta el estado y condición del legatario, así como el caudal de la herencia, para que en relación lo uno con lo otro pueda determinarse lo que prudencialmente corresponda; mas si pudiera suscitarse la cuestión de quién deberá hacer ese señalamiento, quién deberá interpretar la voluntad del testador, tropezariamos con la dificultad de si habia de ser el heredero quien lo determinara, á pesar del interés que tiene naturalmente en no disminuir los bienes herenciales con pago de cuantiosas pensiones por vias de legado, ó habian de señalarse las pensiones alimenticias por los albaceas testamentarios que parecen ser los verdaderos ejecutores de la voluntad del testador; y como intereses opuestos hay entre heredero y legatario, creemos sinceramente que lo más lógico es que los testamentarios sean los en-

cargados de tal designación sin perjuicio de que cuando se creyesen perjudicados en sus intereses el heredero ó el legatario, acudiesen á los Tribunales de justicia, para que estos decidieran lo más procedente. A pesar de todo puede venirse á un acuerdo racional y justo, cuando el testador tenía la costumbre de dar al legatario algunas cantidades por vía de alimentos, que en proporción estuvieren con sus haberes; pues en tal caso podría satisfacerse dicho legado con entregarle la cantidad igual á la que acostumbraba á recibir directamente de manos del testador durante su vida.

Además de los Códigos que dejamos apuntados como concordantes en cuanto al legado de educación, pueden verse análogas disposiciones en los artículos anteriormente citados, respecto de los alimentos, pues casi todos los textos aducidos como concordantes anteriormente, se ocupan de ambos legados de educación y de alimentos; pero el Código de México en sus arts. 3582 y 3583, el de la Baja California en sus arts. 3401 y 3402 y el de Campeche en sus arts. 3582 y 3583, tratan separadamente de los legados de alimentos en conformidad con lo dispuesto en el art. 879 que de nuestro Código comentamos; y la Ley de Enjuiciamiento civil en sus arts. 1100, 1314 al 1317, 1861 al 1864, 1609 al 1617, y 1690, como en los arts. 1916 y 1918, se ocupa precisamente de los alimentos, previniendo que se abonará su cuantia por meses adelantados, en lo cual hasta cierto punto está conforme con lo prevenido en el art. 148 de este mismo Código, que tanta relación tiene con el articulo que al presente nos ocupa.

Art. 880. Legada una pensión periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.

El legado de pensión, como su misma palabra lo dice, consiste en la manda que el testador hace en favor de una persona obligando al heredero ó á otro legatario á que entregue á la beneficiada una cantidad periódicamente cuyo primer plazo ha de cumplirse á la muerte del testador y los sucesivos se han de ir satisfaciendo al principio de cada año, cada mes, cada semana ó cada periodo de tiempo á que se refiere la pensión señalada, según lo hubiere determinado el testador, sin que, caso de muerte del legatario antes de terminar el periodo ó plazo porque cobró, queden sus herederos obligados al resarcimiento de la parte de la pensión correspondiente á los dias que median entre el de la muerte del legatario y el del vencimiento del plazo. Y este articulo no puede entenderse de otra manera, porque si consecuentes hemos de ser con los prin-

cipios que informan la testamentifacción, apareciendo evidente de toda evidencia que la fuerza ejecutiva del testamento nace de la muerte del testador no puede menos de arrancar el derecho del legatario, del fallecimiento de su causante, y por lo tanto el legado de pensión se debe desde la muerte del testador, y el primer periodo de esa pensión, sea anual, sea semanal, sea mensual, sea trimestral, sea cualquiera su término, no pudiendo pagarse precisamente el dia de la muerte del testador, se abona y cuenta desde aquel dia dentro de ese término que constituye el primer plazo, ó sea por el que se debe la primera pensión, y las sucesivas pensiones se pagan el primer dia de cada uno de los periodos en que comienzan; así es que si Juan lega á Pedro 30 duros mensuales y fallece dicho testador el dia 15 de Junio, la primera pensión arranca desde dicho dia, y el 15 Agosto estará obligado el heredero á pagarle la segunda pensión al legatario, satisfaciéndole sucesivamente en la misma conformidad.

En una palabra, en este artículo ha querido significar el legislador que: *el legado de una pensión, ó cantidad periódica se debe desde el momento de la muerte del testador, con obligación por parte del que lo presta de satisfacerlo por anticipado al principio de cada periodo*: asi lo entendemos cuando menos nosotros, y asi creemos debiera haberse redactado para su mayor precisión y claridad; pues hoy tal como viene redactado, no parece sino que es potestativo del legatario el reclamar á su tiempo la pensión, no preceptivo en el heredero el deberla entregar, y esto no puede siquiera suponerse, porque de admitirlo, no podria considerarse moroso al deudor, y sin mora tampoco podrian exigírsele los intereses legales de la pensión debida á que creemos há de tener derecho.

Vemos precedentes de este artículo en las Leyes 4, 5, 8 y 22 del tit. 1.°, libro 33 del Digesto, como en las Leyes 10 y 12 del tit. 2.°, lib. 36 del mismo Digesto; y ya los Proyectos de Código civil de 1851 y 1882 respectivamente en sus arts. 696 y 865, propusieron idénticos preceptos, siguiendo sin duda tales precedentes.

Tiene además concordancias nuestro art. 880 con varios de los Códigos modernos de los pueblos civilizados, algunos de los cuales están redactados con más precisión que el nuestro por lo que al presente artículo se refiere; asi vemos que el Código de Veracruz-Llave preceptúa en su art. 1026 que: *Cuando se lega una renta periódica, sea ó no para alimentos, el primer periodo comienza en el momento de morir el testador, y desde ese momento se debe pagar, no á su expiración, siguiendo así sucesivamente*; en cuyo texto vemos cierta claridad y precisión siempre dignas de tenerse en cuenta; como encontramos asimismo correcto, si bien que no con el carácter preceptivo del anterior, el art. 3793 del Código de la República Argentina que previene que: *Si es legada una cantidad determinada para satisfacerla en tiempos establecidos,*

como en cada año, el primer término comienza á la muerte del testador, y el legatario adquiere el derecho á toda la cantidad debida por cada uno de los términos, aunque solo haya sobrevivido al principio del mismo término.

Idénticos principios se sustentan en el art. 896 del Código de Uruguay, en el 1841 del de Portugal, en el 867 del de Italia, en el 1134 del de Chile, y en los arts. 3585 del Código de México, 3401 del de la Baja California y 3585 del de Campeche, que siendo exactos en su contenido previenen que: *El legado de pensión, sean cuales fueren la cantidad, el objeto y los plazos, corre desde la muerte del testador; es exigible al principio de cada periodo, y el legatario hace suya la que tuvo derecho de cobrar, aunque muera antes de que termine el periodo comenzado*: de lo que se deduce que la traspasa á sus herederos; mientras que el Código de Austria en su art. 687, preceptúa lo contrario ó sea que: *cuando se trata de una renta periódica, el primer periodo, comienza en el momento de morir el testador, pero aquella no es exigible sino al fin de cada periódo*: en cambio el Código de Francia si bien no contiene un precepto como el que de nuestro articulo comentamos, preceptúa en el párrafo segundo de su art 1015 que: *los intereses y frutos de la cosa legada corren á favor del legatario desde el dia de la muerte del testador y sin que haya formalizado judicialmente su demanda, cuando se haya legado por via de alimentos una renta vitalicia ó una pensión.*

Art. 881. El legatario adquiere derecho á los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite á sus herederos.

Es indudable que aun cuando el legado nazca en el momento en que se otorga el testamento en que se dejó, el legatario no adquiere el derecho al referido legado, siendo puro ó simple se entiende, hasta que tiene lugar la muerte del testador; pues sólo desde entonces pueden llevarse á efecto las últimas disposiciones, ó sea aquellas en que uno determina lo que hacerse debe con lo suyo después de su muerte, y desde aquel momento en que adquiere el derecho, lo transmite á sus herederos sin que sea necesario que él haya tomado posesión materialmente de las cosas legadas.

La Ley 34. tít. 9.°, Partida 6.ª, decía que: *los legados puros ó sin condición eran del legatario desde la muerte del testador sin necesidad de que tuviere lugar la entrega material de la cosa; de tal modo, que si antes de efectuarse dicha entrega y después del fallecimiento del testador tuviere lugar el fallecimiento del legatario, los sucesores de éste heredarán el legado*; y así se ha venido decidiendo en varias sentencias del Tribunal Supremo entre otras la de 26 Septiembre de 1862.

Precedentes también se encuentran en la Ley 5.ª, tít. 2.°, del lib. 36 del

Digesto, en la Ley única, párrafos 1.° y 5.°, tít. 6.° del Código Justinianeo, y en relación está el artículo que comentamos, con lo que se previene en los artículos 657, 1025, 1027 y 1095 de este mismo Código.

El art. 697 del Proyecto de 1851 propuso preceptos que, aunque no enteramente iguales, se aproximaban en su redacción al que de nuestro Código comentamos, como sucede con el art. 866 del Proyecto de 1882; y concuerda dicho art. 881 con los arts. 1014 del Código Francés, 862 del Código de Italia, 1014 del Código de Bélgica, 1004 del de Holanda, 1618 del de Luisiana, 1027 del de Veracruz-Llave, 631 del de Vaud, 1826 del de Portugal. 684 del de Austria, 288 del de Prusia, 898 del de Uruguay, 877 del de Guatemala, 3766 del de la República Argentina, 3602 del de Campeche, 3420 del de la Baja California y 3602 del de México.

Art. 882. Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos ó rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde el mismo instante á riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida ó deterioro, como también se aprovechará de su aumento ó mejora.

Es evidente que cuando el legado es de cosa especifica y determinada y esta cosa pertenece á la propiedad del testador, el legatario adquiere la propiedad de la misma desde el momento en que fallece el testador, porque desde ese momento precisamente es cuando los derechos del legatario pueden ejercitarse, y por lo tanto, desde entonces hace suyos los frutos ó rentas pendientes; mas no puede hacer suyas de la misma manera las rentas devengadas antes de la muerte del testador que no hubieran sido satisfechas á su tiempo, por cuanto aquellas son anteriores al origen del derecho del legatario respecto á su legado, y como dichas rentas correspondían al causante ó sea al testador, quien debe percibirlas es su representante ya que no las recibió en el tiempo en que debiera haberlas recibido, y una vez ocurrido su fallecimiento, su representante es y no puede ser otro que su heredero.

Como consecuencia de lo que se determina en el primer párrafo de este artículo, viene á prescribirse en su segundo apartado que la cosa legada, correrá desde el mismo instante á riesgo del legatario, y que éste, por lo tanto, sufrirá su pérdida ó deterioro, como aprovecharse debe de su aumento ó mejora, lo cual se comprende perfectamente porque si el derecho del legatario iniciado en su testamento nace de la muerte del testador, todo legado de cosa específica y determinada propia de éste debe correr desde que aquel fellecimiento tuvo

lugar, de cuenta y riesgo del legatario, tanto en lo favorable como en lo adverso.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 698, propuso un precepto igual al que nos ocupa, como lo proponía más tarde el Proyecto de 1882 en su artículo 867.

En cuanto á los precedentes de este artículo, podemos manifestar que tanto el Digesto en la Ley 64, tít. 2.°, lib. 47, como la Ley 34, tít. 9.°, Part. 6.ª, contenían preceptos análogos, y respecto del concepto jurídico de los frutos pendientes, sabemos bien que no pueden confundirse jamás con las rentas, y que los frutos ó rentas pendientes en el momento de la muerte del testador, son del legatario cuando se trata de una cosa determinada y propia de su causante: lo cual se deduce del concepto que de los mismos frutos pendientes se determina en la Ley 44, tít. 1.°, lib. 6.°, Ley 25, tít. 8.°, lib. 42 del Digesto y Ley 6.ª, tít. 47, lib. 6.° del Código Justinianeo.

Concordancias encontramos en el art. 1015 del Código de Francia, en el art. 878 del Código de Guatemala, en el 899 del Código de Uruguay, 1840 del de Portugal, 863 al 865 del de Italia, 1006 y 1007 del de Holanda, 886 del de Austria, 1028 del de Veracruz-Llave, 305 y 306 del de Prusia, 3603 y 3604 del de México, 3421 y 3422 del de la Baja California, 3603 y 3604 del de Campeche, 1015 del de Bélgica, 3766 del de la República Argentina, y en otros varios Códigos extranjeros, en todos los cuales se viene á determinar lo que con arreglo á los principios que informan la testamentifacción debe preceptuarse; pues no cabe duda que el derecho del legatario nace con la muerte del testador, que los frutos de la cosa legada corren á favor del legatario desde la muerte de dicho testador, y que desde entonces pertenece al legatario la cosa legada con todas sus consecuencias; todo lo cual, como el artículo que comentamos, está en perfecta relación con lo prescrito en los arts. 657 y 1095 de este mismo Código.

Art. 883. La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador.

Consecuencia del artículo anterior es el que acabamos de consignar, y consecuencia tan lógica que nos impide decir cosa alguna acerca de tal precepto, pues es inconcuso que la cosa legada debe entregarse con todos sus accesorios al legatario en el estado en que se hallare á lo muerte del testador; y así lo determinaron también varias leyes del Digesto, y muy principalmente lo prefijó nuestro antiguo derecho en las leyes 37 y 42 del tít. 9.°, Part. 6.ª, ocupándose también de esos accesorios la Ley 5.ª del mismo título y Partida, que en esto fueron más claros y precisos que los preceptos del Derecho Romano, habiendo venido nuestro Código á determinar esa entrega, de manera tal, que no cabe lugar á duda ni puede originar pleitos, pues nada es más expresivo y terminan-

te que el prevenir como se previene en el artículo que comentamos, que se entregue al legatario la cosa determinada en que consiste el legado tal como se halla al morir el testador.

Los Proyectos de Código Civil de 1851 y 1882, en sus arts. 699 y 868, respectivamente, proponían preceptos análogos, viéndose gran relación entre el artículo que comentamos y los arts. 347 y 1095 del mismo Código.

Concuerda el precepto que nos ocupa con los que entrañan los arts. 1018 del Código del de Francia, 876 del de Italia, 1010 y 1011 del de Holanda, 1118 del de Chile, 633 del de Vaud, 1029 del de Veracruz-Llave, 3761 del de la República Argentina, 405 del de Prusia, 1843 del de Portugal, 1018 del de Bélgica, 882 del de Guatemala, 890 del de Uruguay, 3611 del de México, 3429 del de la Baja California, y 3611 del de Campeche, en cuyos Códigos se lee textualmente que: *la cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador*; lo cual viene á decirse de la misma manera en los artículos ya citados de los Códigos Francés, Italiano y Belga, sin que en los demás que hemos citado se encuentre gran diferencia de redacción.

Art. 884. Si el legado no fuere de cosa específica y determinada, sino genérica ó de cantidad, sus frutos é intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiese dispuesto expresamente.

Claro es que no siendo el legado de cosa específica y determinada, sino genérica ó de cantidad, no puede seguirse la misma regla que en el artículo anterior se prefija, porque si bien el derecho del legatario nace á la muerte del testador, como no se determina la cosa legada, no tiene derecho desde tal fallecimiento á una cosa prefijada, sino á lo que se le adjudique ó adjudicársele deba del género ó de la cantidad á que el testador se refiera, y sólo cuando éste determine de un modo expreso su voluntad de que un legatario reciba, desde su muerte, intereses de la cantidad legada ó frutos del género á que se refiere el legado, podrá obtenerse por el legatario dicho beneficio; pues si se legaren por ejemplo, con esa expresa manifestación, veinte yeguas y sus productos, y el testador tuviese cuarenta yeguas de las cuales dos fuesen las únicas que hubieran dado cría desde la muerte del testador hasta la adjudicación de aquel género al legatario, lógico es que entre las yeguas que han de adjudicársele, una de las dos con cría se incluya en el número de las veinte que se entreguen al legatario, así como los jornales que con las expresadas yeguas adjudicadas se hubiesen ganado desde la época del fallecimiento de dicho testador, siempre bajo una justa proporcionalidad y teniendo también en cuenta los gastos necesarios que haya originado la porción genérica legada; pues no de otra manera puede entenderse si han de observarse los principios generales que base son del derecho sobre este particular.

El Proyecto de 1882, en su art. 869, proponía preceptos análogos, si bien daba como cosa admisible, aun sin la expresión del testador, que tratándose de un fundo, de un capital ó de una cosa fructífera, correspondían al legatario desde la muerte del testador, todos los frutos é intereses: pero esto no tiene razón de ser, y es lo más lógico y acertado lo que se determina en el art. 884 que comentamos; como se vé también preceptuado en el art. 865 del Código de Italia, en el 1015 del de Francia, en el 878 del de Guatemala, en el 1840 del de Portugal, y 1015 de Bélgica, con otros varios que más bien tienen alguna analogía que verdaderas concordancias.

Art. 885. El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero ó al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.

Hay preceptos escritos, que en la conciencia están de todos los hombres honrados, y uno de ellos es el que al presente nos ocupa. Lo mismo atendiendo al Derecho Romano que á nuestro antiguo derecho pátrio, que recorriendo las legislaciones diversas de los diferentes pueblos civilizados, no podemos menos de ver un principio fundamental de derecho civil que interesa al órden público y es que nadie por sí mismo tiene autoridad bastante para adjudicarse lo que por testamento ó bajo otro concepto se ordene le sea transferido: y así lo vemos consignado en disposiciones mil, y sobre todo en varias leyes del Digesto y en diferentes disposiciones de nuestras Partidas; más debemos hacer presente que mientras en virtud de lo dispuesto en la Ley 1.ª, párrafo 2.°, tít. 3.°, lib. 43 del Digesto, el obligado á pagar los legados era el heredero, á consecuencia de lo prevenido en la Ley 2.ª, tít. 10, Partida 6.ª, vinieron á contraer tal obligación en nuestra pátria los albaceas ó ejecutores testamentarios, cuya diferente texitura se explica perfectamente sin más que recordar que ante el Derecho Romano no habia albaceas, que la representación del testador se conceptuaba en aquel pueblo existente siempre en el heredero, y que en nuestro derecho pátrio los albaceas vinieron á ejercer esa representación genuina del testador confiándoles la ejecución de la última voluntad del mismo desde la publicación de la expresada Ley de Partida, viniendo á ser por consiguiente los encargados de distribuir esos bienes según el mandato de su causante.

Los arts. 700 y 870 de los respectivos Proyectos de Código Civil de 1851 y 1882, propusieron preceptos idénticos al que se consigna en el art. 885 de nuestro Código, que precedentes tiene no sólo en las disposiciones anteriormente citadas, sino en las Leyes 176, tít. 17, lib. 50 del Digesto, y 37 y 38, tít. 9.°, Partida 6.ª: teniendo gran relación con los arts. 902, 1025 y 1027 de este mismo Código.

Concuerda con el art. 3767 del Código de la República Argentina, el 877 del de Guatemala, 294 del de Prusia, 1838 del de Portugal, 1006 del de Holanda, 1014 del de Francia en su párrafo 2.°, 1623 del de Luisiana, 1014 del de Bélgica en su párrafo 2.°, 863 del de Italia, 3609 del de México, 3427 del de la Baja California, 900 del de Uruguay, 3609 del de Campeche, y 1030 del de Veracruz-Llave; siendo estos cinco últimos idénticos al que de nuestro Código comentamos; debiendo hacer presente que tanto el Código Portugués como el Italiano, como el Francés, expresan terminantemente que: *el heredero ha de ser la persona que entregue al legatario la cosa legada, y contra el cual éste podrá dirigirse en caso de no hacerlo*, mientras que en los demás Códigos citados se previenen; *sean los albaceas los encargados de pagar en primer término los legados, y cuando éstos no pudieran verificarlo por disposiciones generales ó especiales vienen á quedar obligados á tal pago los herederos;* habiendo Código en que se previene que puede hacerse tal petición indistintamente al heredero ó á los albaceas; pero de todos modos el legatario particular no tiene acción contra los terceros detentadores del objeto que le ha sido legado antes de haber obtenido del heredero, del albacea, ó de los Tribunales la entrega de su legado; y así se viene determinando en decisiones varias tanto del Tribunal Supremo de nuestra pátria como del Tribunal de Casación de la vecina República.

Art. 886. El heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.

Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.

Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada, serán á cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima.

Cosas hay que es necesario consignar en un Código para que todo el mundo las conozca y las comprenda, que el heredero debe dar la misma cosa legada, no puede ser de otro modo, el heredero, el albacea ó aquel que legitimamente represente al testador; muerto éste, debe entregar al legatario la cosa legada, sin que pueda darle su estimación, ni otra equivalente, sino la misma cosa, cuando el legado es de cosa determinada y posible de entregar.

Hubiere ó no dinero en la herencia, los legados de dinero en metálico deberán ser satisfechos, sin que se haya de mermarse nada por razón de gastos, pués los que origine el cumplimiento y ejecución del testamento correr deben á cuenta de la herencia sin perjudicar tampoco el tercio del caudal herencial que por rigor de ley necesariamente ha de reservarse á legitima de los hijos. Y asi lo determina tambien de una manera bien clara el art. 3767 del Código de la República Argentina, en su último párrafo: *los gastos de la entrega de los legados son á cargo de la sucesión.*

Los legatarios están obligados á pedir la entrega de los legados ó, mejor dicho, las cosas en que constan, aunque bajo otro concepto estuvieren en su poder el día de la muerte del testador, porque una cosa es la propiedad de la cosa legada, y otra la posesión de la misma; y aunque el derecho de propiedad nace el día de la muerte del testador, la posesión se difiere al de la entrega voluntaria ó forzosa de la misma cosa por el heredero, por el albacea ó por los Tribunales de Justicia; y puede suscitarse la duda de si los gastos hechos por el legatario para demandar su legado serán de su cuenta ó del obligado á pagar dicho legado. Nosotros, prescindiendo de la condenación de costas que expresamente creemos hará el Tribunal en tal caso, si pleito hubiera para ello, conforme á lo prevenido en el último apartado del art. 886 que de nuestro Código comentamos, nos decidiríamos porque esos gastos fuesen de cuenta del obligado á pagar tales legados.

El art. 701 del Proyecto de 1851 y el art. 871 del Proyecto de 1882 propusieron preceptos idénticos al que de nuestro Código nos ocupa, y precedentes encontramos en la Ley 11, párrafo 17, lib. 32, la Ley 2.ª, párrafo 1.°, tit. 1.°, libro 12 y ley 12, tit. 31 del mismo libro, del Digesto; concordando con los preceptos que entrañan los arts. 1016 del Código de Francia, 877 del de Italia, 1016 del de Bélgica, 1375 del de Chile, 3613 y 3614 del de Campeche; 3431 y 3432 del de la Baja California, 3613 y 3614 del de México, 901 del de Uruguay, que es igual al nuestro en sus dos primeros apartados, si bien difiere en el último, puesto que allí se consideran los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada, como parte del mismo legado; 1031 del de Veracruz-Llave, que es enteramente igual al nuestro, excepto alguna pequeña variante de redacción; el 1842 del Código de Portugal, que, por el contrario, previene que los gastos que se ocasionen con motivo de la entrega de la cosa legada queden á cargo de la herencia si el testador no hubiere dispuesto lo contrario; y la mayor parte de los Códigos extranjeros determinan este precepto que tiende á la entrega íntegra del legado á su respectivo legatario.

Art. 887. Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente:

1.° Los legados remuneratorios.

2.° Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.

3.° Los legados que el testador haya declarado preferentes.

4.° Los de alimentos:

5.° Los de educación.

6.° Los demás á prorata.

Nada hay que decir respecto del articulo que se acaba de consignar, toda vez que en él no se hace otra cosa que prefijar el orden de satisfacer los legados cuando los bienes herenciales no alcanzaren á cubrirlos en su integridad, orden más ó menos aceptable, según los principios que dominen en los Códigos en que se establece, y que por más que nosotros encontremos justo el establecido en nuestro Código, siendo ley como es hoy, sólo su cumplimiento nos incumbe, si bien dentro de esa misma justicia que parece envolver tal determinación, podia haberse dado cierta mayor preferencia á los legados de alimentos por las necesidades que los mismos satisfacen, imperiosas siempre y que en ocasiones apartan de la miseria al beneficiado con mandas de ese género.

No nos extraña que, en primer término, se haya colocado el legado remuneratorio, por cuanto este tiene un doble carácter, de deuda que ante todo debe satisfacerse, y de manda con ocasión de aquel servicio debido: que los legados de cosa cierta y determinada, cuya cosa forme parte del caudal herencial se hayan colocado en segundo término, no tiene nada de particular, por cuanto la cosa cierta y determinada que al heredero perteneciera no admite la proporcionabilidad de que pueden ser susceptibles los legados genéricos y los de cantidad sobre todo: los legados que el testador haya declarado preferentes son los que en primer lugar debian figurar si habia de atenderse á la voluntad de su causante; y los de alimentos y educación, que parecen figurar en último término, si se atendiere á razones de piedad, parecia debian ser los que á la cabeza de todos figurasen.

El Proyecto de Código de 1851, en su articulo 702, no establecia la preferencia que se contiene en el articulo que comentamos, pues únicamente la daba á los que tenian por objeto satisfacer determinados servicios, y á los de cosa especifica, ya que para el pago de los demás establecia que se repartiesen á prorrata; en cambio el Proyecto de Código civil de 1882 ya estableció diferencias en cuanto á la prioridad del pago de legados en su art. 872, si bien siguiendo un orden distinto del establecido en este Código.

En cambio el Código de Austria en sus arts. 691 y 692 no dá preferencia más que á los legados de alimentos; y el Código de Campeche en su art. 3617, el de la Baja California en su art. 3435, y el de México en su art. 3617, consignan en primer término los legados remuneratorios, en segundo lugar los que el testador declarase preferentes; seguidamente los legados de cosa cierta y determinada; después los legados de alimentos ó educación, y los demás á prorata.

El Código de la República Argentina trata de la materia á que se contrae nuestro art. 887, en el art. 3795 que establece el orden como deben satisfacerse las deudas todas de la herencia, prescribiendo que, si los bienes de la herencia ó porción disponible no alcanzasen á cubrir los legados, las cargas comunes se

sacarán de la masa hereditaria, y los gastos funerarios de la porción disponible; luego se pagarán los legados de cosa cierta, después los hechos en compensación de servicios, y el resto de los bienes, ó de la porción disponible en su caso, se distribuirá á prorata entre los legatarios de cantidad; cuyas disposiciones se completan con las de los arts. 3796 y 3797 que fijan cuando los legados están afectos á los gastos de su adquisición, conservación ó mejora; y que no pueden pagarse sino dejando salvas las deudas y la porción legítima.

Tanto el Código de Uruguay en su art. 902, como el de Veracruz-Llave en su art. 1032, establecen un mismo orden de pagar los legados particulares cuando los bienes de la herencia no bastasen á satisfacerlos; señalando en primer lugar los de cosa cierta, para repartir luego los restantes bienes entre los legatarios de cantidad, salvo empero que el testador hubiese establecido expresamente preferencia entre ellos ó se tratase de algunos remuneratorios de servicios que por su naturaleza son considerados preferentes.

Más breve el Código de Portugal, no establece otra preferencia para pagar los legados, que la que se fija á favor de los legados remuneratorios, en su artículo 1795, pues dice que: *Si los bienes de la herencia no alcanzasen para pagar los legados se pagarán á prorata, salvo los que se dejen en recompensa de servicios, pues en este caso, se considerarán como deuda de la herencia.*

Art. 888. Cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y de derecho de acrecer.

También es muy natural que cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó cuando por cualquier motivo no tuviere efecto tal legado, la cosa, bienes ó dinero en que consistiere, debe quedar en la masa herencial, salvo los casos de sustitución y de derecho de acrecer. Asi se determinaba también en el Digesto; y en relación está dicho precepto con los que entrañan los arts. 789, 982 y 987 de este mismo Código, puesto que en el 1.° se previene que todo lo dispuesto en el cap. 2.°, del tít. 2.° de este libro respecto á los herederos, se entenderá también aplicable á los legatarios; en el 2.° se trata de las condiciones necesarias para que tenga lugar el derecho de acrecer; y en el 3.° se prescribe que el derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.

El Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 705, propuso un precepto análogo, el cual fué reproducido en el art. 873 del Proyecto de 1882; y concordancias vemos en los arts. 3809 del Código de la República Argentina, 905 del de



Uruguay, 1852 del de Portugal, 1043 del de Francia, 689 del de Austria, 683 del de Vaud, 1696 del de Luisiana, 1043 del de Bélgica, 366 del de Prusia y otros varios Códigos extranjeros.

Art. 889. El legatario no podrá aceptar una parte del legado y repudiar la otra, si ésta fuese onerosa.

Si muriese antes de aceptar el legado dejando varios herederos, podrá uno de estos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado.

No porque el testador pueda morir parte testado y parte intestado, habrán los legatarios de poder aceptar una parte del legado y repudiar éste en la parte que fuese onerosa; pues de no ser así se contraría el principio de que el que está á lo bueno debe estar á lo ma'o, y sólo al heredero le quedaría la parte espinosa del legado, sin poder obtener jamás los beneficios de su renuncia.

Lógico encontramos, por lo tanto, el primer apartado del art. 889 que comentamos; pero no encontramos tan lógico lo que se expresa en el segundo párrafo del mismo artículo, porque parece se les dá á los herederos del legatario más facultades que á su causante; y es seguro que como aquel legado lo heredan los sucesores del legatario en representación de éste, no pueden tener mayor ni mejor derecho que aquel á quien representan. Y no se diga que uno de los herederos puede aceptar y otro puede repudiar el legado, porque el legado necesariamente ha de aceptarse ó repudiarse en su totalidad, según ordena el párrafo primero de dicho artículo, y esto que obliga al legatario, lo mismo debe obligar á los herederos: otra cosa es que, aceptado el legado, uno de los herederos del legatario admita la parte que de aquel legado le corresponda en su parte buena y en su parte mala, y el otro rechace lo que á él pudiera pertenecerle sin admitir lo bueno del legado; pero la aceptación en lo favorable y la repudiación en lo oneroso, es inadmisible con relación al legatario como á sus herederos.

Precedentes encontramos en lás Leyes 38 del libro 30 *De legatis* y 4.ª, libro 31 del Digesto, en cuanto al primer párrafo *legatarius pro parte adquirire, pro parte repudiare non potest*; y en relación está lo que acabamos de exponer con lo prevenido en los arts. 990 y 1006 de este mismo Código; pues es evidente que tanto por las leyes romanas como por nuestras leyes de Partida, la aceptación ó la repudiación han de ser puras, no condicionales, lo mismo tratándose de herencias que de legados, ni puede ser parcial en manera que perjudique á los que tienen derechos legitimarios; cuya doctrina se ha venido sosteniendo en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, la de 8 de Febrero de 1869.

Los Proyectos de Código civil de 1851 y de 1882 en sus respectivos artículos 706 y 874, proponían preceptos análogos; y concordancias vemos en los artícu-

los 3807 del Código de la República Argentina, 1813 del de Portugal, 875 y 876 del de Guatemala, 906 y 907 del de Uruguay, 3596 y 3597 del de México, 3415 y 3416 del de la Baja California, y los 3596 y 3597 del Código de Campeche, de cuyos tres últimos códigos parece copiado el nuestro en esta parte, si bien en el que comentamos se encuentra bajo un solo articulo lo que en los mexicanos aparece en dos; siendo exactamente idéntico al que nos ocupa el art. 1036 del Código de Veracruz-Llave.

El Código Argentino prevee además otro caso, que á nosotros nos parecía antes de verlo que era digno de estudio. Parte del supuesto de que no puede aceptarse parte de un legado y repudiarse otra; pero si se dejasen dos legados á un mismo legatario, de los cuales uno fuese con carga, el legatario podrá aceptar el legado libre y repudiar el gravado; cuya tesis sostienen también los preceptos citados del Código de Uruguay, siendo el de Portugal igual al nuestro.

Art. 890. El legatario de dos legados, de los que uno fuere oneroso, no podrá renunciar éste y aceptar el otro. Si los dos son onerosos ó gratuitos, es libre para aceptarlos todos ó repudiar el que quiera.

El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar éste y aceptar aquella.

Este articulo sostiene en su párrafo primero bien distintas teorías de las sustentadas por los Códigos de la República Argentina y del Uruguay, pues mientras aquellos prescriben que cuando una misma persona obtiene de otra dos ó más legados, puede aceptar unos y rechazar los gravosos, nuestro Código, partiendo del supuesto de que hay entre esos legados una verdadera compensación, no consiente que se acepte uno de esos legados rechazando el oneroso; pero si los dos fuesen onerosos ó gratuitos, entonces puede aceptar ó repudiar el que le parezca; y esto es lo más equitativo y lo más justo, porque en todo debe imperar el principio de los derechos y deberes reciprocos de la compensación entre lo malo y lo bueno.

Mas, respecto del que es á la vez heredero y legatario, puede suceder perfectamente que, mientras se acepta la herencia se rechace el legado ó viceversa, porque ya los caractéres bajo los que se presenta son muy distintos, pues la condición de heredero es bien diferente de la de legatario, y el instituido heredero puede considerarse sin fuerzas para sobrellevar las responsabilidades de la herencia y atender á las obligaciones del representante del testador, y puede estar en aptitud de aceptar un legado, ó pudiera suceder lo contrario.



La primera parte de ese artículo tiene sus precedentes en la Ley 5.ª del libro 31 del Digesto, y guarda perfecta relación con lo que previenen los artículos 833 y 990 de este mismo Código; guardando concordancia con los arts. 3598 y 3599 respectivamente del Código de México y Campeche, 3417 y 3418 del de la Baja California, en que se preceptúa clara y terminantemente, que: *si se dejaren dos legados y uno fuese oneroso, el legatario no podrá renunciar éste y aceptar el que no lo sea; pero si son los dos onerosos ó gratuitos, es libre el legatario para aceptarlos todos ó repudiar el que quiera; y que el heredero que sea al mismo tiempo legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar éste y aceptar aquella.*

Art. 891. Si toda la herencia se distribuye en legados, se proratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios á proporción de sus cuotas, á no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

De facil inteligencia es el precepto de este artículo.

Si el haber herencial se divide en legados, es evidente que las deudas y gravámenes se han de distribuir y prorateai entre los legatarios proporcionalmente á sus cuotas, á no ser que la voluntad del testador fuese otra, por cuanto no habiendo en este caso como en los de institución de heredero un representante del finado que venga á continuar, por decirlo así, su personalidad, inconcuso es que ésta debe conceptuarse asumida por todos los legatarios, entre los que se distribuye el haber herencial, y en virtud de esa representación que conjuntamente parece debe reconocerles á los legatarios, lógico es por demás, que como consecuencia de la misma representación, se les conceptúe también obligados proporcionalmente á dichos legatarios al pago de las deudas y sostenimiento de gravámenes de que respondería naturalmente el heredero único de todos los bienes del finado. Pero esta regla general que parece de buen sentido viene á encontrar una excepción en las últimas frases del artículo que nos ocupa, y es la del caso en que el testador hubiera dispuesto otra cosa, y esto que parece sencillo á primera vista, por más que reconozcamos que la voluntad del causante en estos asuntos es la suprema ley, no podemos menos de observar las dificultades á que se presta tal excepción en la práctica, pues si el testador dispusiese lo contrario de lo que este artículo preceptúa, es decir, liberase de toda responsabilidad á los legatarios, y su caudal lo distribuyese todo en mandas, sería imposible cumplir religiosamente con el pago de deudas ni sostener los gravámenes que sobre ciertas fincas pesasen; en razón á lo cual no creemos factible en absoluto el cumplimiento de esa excepción más que en cuanto se refiera á la imposición del pago de deudas á algunos de los legatarios, y á la liberación de algunas cargas respecto de otros legatarios; pero siempre cuando

para ello hubiera términos hábiles y ejecutándose tan sólo en lo posible aquella última voluntad, sin perjuicio del derecho de los acreedores, y sin desatender los gravámenes de las cosas legadas, que como afectas á las mismas cosas, parecía natural que se impusiese su sostenimiento á los legatarios de dichas cosas gravadas para el caso en que no existiera ese prorateo, que indica cierta comunidad de derechos y obligaciones que existir deben entre todos los legatarios que como tales se distribuyen la totalidad de los bienes relictos por aquel que no tuvo á bien hacer institución de heredero en su última voluntad.

Con este precepto concluimos ya la teoría de los legados tan extensamente tratada en este Código Civil, que hace difuso y largo en extremo este título á los mismos dedicado; encontrando en él un casuismo de cuya conveniencia puede dudarse, porque llega á ser verdaderamente caotico. Así es, que si además de lo que consignado queda, viniéramos á iniciar siquiera las muchas decisiones de los Tribunales, que sobre legados han recaido, y en las cuales parecía haberse previsto la determinación de ciertos preceptos de nuestro Código, introduciríamos en estos comentarios una confusión citando sólo infinidad de sentencias del Tribunal Supremo, en las que como en la de 18 de Febrero de 1886, se sientan doctrinas verdaderamente contradictorias por efecto de ese mismo casuismo.

No somos partidarios de los minuciosos detalles en un Código Civil, pues si bien en algunas ocasiones son preciosos y precisos se hacen para aclarar un punto litigioso que á la decisión de los Tribunales se somete, se ofende con ellos las más veces á los hombres de ley, pues sólo reglas generales necesitan para la aplicación acertada de los principios que la ley debe establecer. Y hoy más que nunca, que la ciencia del derecho elevando sus vuelos á la esfera de los principios, generaliza su aplicación y bajo reglas claras y evidentes traza la marcha que debe seguir el Juzgador, el casuismo reduce á este á un tan estrecho circulo que aprisionando el criterio judicial limita la desembarazada marcha que los Tribunales debieran seguir, é imposibilita con tan reducido criterio la más elevada justa y equitativa decisión de ciertos asuntos que no se encuentran dentro del molde creado por el legislador.

SECCIÓN UNDÉCIMA

DE LOS ALBACEAS Ó TESTAMENTARIOS

Art. 892. El testador podrá nombrar uno ó más albaceas.

No hemos de buscar el verdadero origen de los albaceas ó ejecutores testamentarios en el derecho romano, porque el cumplimiento de las obligacienes corría á cargo de los herederos, y rara vez se dió ese encargo para fines deter-

minados á persona especialmente determinada, según se deduce de la lectura de la Ley 7.ª, tít. 3.º, lib. 35 del Digesto.

En nuestra pátria, tanto el Fuero Real en su tít. 5.º, lib. 3.º, como las leyes de la Partida en su tit. 10, Partida 6.ª, trataron expresamente de los albaceas ó cabezaleros, habiendo quien supone que el derecho canónico contribuyó notablemente á que se generalizara su uso.

La Ley 1.ª, tit. 10, Partida 6.ª dice: *Cabezaleros é testamentarios, é mansesores, como quier que han nomes departidos, el oficio dellos, uno es; é en* latin llámanlos *fideicomisarios, porque en la fé, é en la verdad destos omes tales dejan ó encomiendan los testadores el fecho de sus ánimas.*

Como se vé enumera esta ley los diversos nombres que á los testamentarios se les dió, y aunque nada dice, de otros nombres, tambien se les conoció con el de ejecutores, divisores, distribuidores de los bienes herenciales, pues aunque algunos sólo conceptúan que su encargo principal es cuidar de lo relativo al alma del testador, realmente los testamentarios tienen por misión hacer cumplir y ejecutar todo cuanto el testador dispuso en su último testamento. Pero puede suceder muy bien, que no habiendo nombrado el testador albaceas, vengan á llenar su cometido los testamentarios legitimos ó sean los herederos por testamento ó *abintestato* que por su carácter de tales tienen la misión de ejecutar las últimas voluntades de sus causantes, y cuando no se encontraren albaceas legímos, desempeñan este cargo los albaceas dativos á que se refiere el art. 966 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ó sea los que nombre el Juez para prevenir el *abintestato* cuando uno falleciere sin testar y sin parientes de los comprendidos en el número 3.º del art. 960 de dicha ley de enjuiciar, es decir sin descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge legitimo que viviera en su compañia.

Es indudable que aun cuando prescindamos de las consideraciones anteriormente indicadas, el testador podrá nombrar uno ó más albaceas, pues su voluntad es ley en esta materia en cnanto no se oponga á las prescripciones legales, y por lo tanto no puede negársele esa facultad de nombrar uno ó varios ejecutores de esa misma voluntad postrera, puesto que los albaceas son los representantes de este testador en cuanto á la ejecución de lo dispuesto en el testamento ó de lo que como presunción general admisible se considere que el finado hubiera hecho si hubiere otorgado testamento; tanto es asi que se encuentran varias disposiciones en virtud de las cuales tienen que inscribirse los bienes del testador á favor de los albaceas cuando aquél instituyó por heredero á su alma: asi lo previene la Real orden de 5 de Setiembre de 1863, y según otra Real orden de 28 Abril de 1866 habian también de inscribirse los bienes herenciales á nombre de los albaceas cuando tuvieren que enajenar dichos bienes.

Tanto el Proyecto de 1851 en su art. 726, como el de 1882 en su artículo 893,

proponian idénticos preceptos al que de nuestro Código comentamos; y el artículo 1025 del Código Francés, el 903 del Código de Italia, el 1025 del Código de Bélgica, y el 1885 del Código de Portugal, son enteramente iguales al nuestro, en especial los tres primeros: concordando también el 926 del Código de Uruguay, que en su primer párrafo define lo que son albaceas ó ejecutores testamentarios, y en el segundo dice que el testador puede uombrar uno ó más albaceas.

Analogas concordancias encontramos en el art. 404 del Código de Guatemala, en el 1270 del de Chile, 1327 del de Colómbia, 2230 del de Sajonia, 424 del de Tesino, 903 del de Rusia, 1651 del de Luisiana, 741 del de Valais, 1008 del de Bolivia, 1052 del de Holanda, 3844 del de la República Argentina, 3675 al 3678 del de México, 3703 del de la Baja California, 3675 al 3678 del de Campeche, y 1063 del de Veracruz-Llave. Más aquí debemos hacer notar que así como ordinariamente los Códigos de la Baja California, de México y de Campeche, están conformes en sus preceptos, sin diferir estos dos últimos del primero más que en el articulado, difieren extraordinariamente sobre este particular, aun que los tres tratan del albaceazgo testamentario, del legitimo y del dativo con la mayor amplitud, pues mientras el art. 3703 del Código de la Baja California, determina que: *la ley reconoce como ejecutores de las últimas voluntades á las personas designadas por el testador, y que cuando éste no hiciere designación, ó el nombrado no desempeñase el cargo, á la persona electa por los herederos instituídos de entre ellos mismos y por mayoría de votos*; mientras que los Códigos de Campeche y México previenen que: *la ley sólo reconoce como ejecutores universales de las últimas voluntades, cuando hay herederos forzosos, á los mismos herederos, ya lo sean por testamento, ya abintestato, ó á su representante legitimo*; *y que el testador, cuando hay herederos forzosos, es libre de escoger entre ellos el albacea y nombrar á un extraño, ejecutor especial para objeto determinado*; preceptuando después el art. 3678, que: *cuando no hay herederos forzosos, el testador puede nombrar libremente uno ó más albaceas*.

A pesar de su concisión, tenemos por muy expresivo y técnico el precepto del articulo ya citado del Código de Veracruz-Llave, que preceptúa que: *El testador puede nombrar uno ó más albaceas ó ejecutores de su última voluntad; no nombrándolos, lo son sus herederos que son los albaceas legitimos.—A falta de unos y otros, se nombra por el juez un administrador.*

Art. 893. No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.

La mujer casada podrá serlo con licencia de su marido, que no será necesaria cuando esté separada legalmente de él.

El menor no podrá serlo, ni aúu con la autorización del padre ó del tutor.

Determina este artículo la incapacidad para ser albacea, fundándose en el principio de que están privados de ejercer dicho cargo, aquellos que no pueden obligarse, lo cuál es correcto en extremo, pues si uno no puede obligarse por sí, ni puede ejercitar actos propios que le liguen al cumplimiento de ciertas obligaciones, mucho menos podrá hacerlo por mandato de otro, ni ejecutar á nombre de un extraño lo que en su nombre propio no podría efectuar.

La mujer casada no puede ser albacea tampoco sin licencia de su marido, según el Código, á no ser que se halle separada legalmente de él; y aunque nosotros no le neguemos facultades á la mujer para ejercer cuantos actos pueda ejecutar el hombre, creemos que la mujer casada, desde el momento en que lo es, no debiera ejercitar las funciones de albacea, por cuanto ese ejercicio no puede menos de redundar en perjuicio de los buenos oficios que dentro de su familia debe ejercitar constantemente; porque se le dá un poder mayor fuera de la familia, que el que ejerce dentro de ella mientres vive su marido; y porque la mujer generalmente dados sus hábitos, sus pasiones, y su manera de ser, no puede ni debe ejercer bien y fielmente ese cargo de albacea que le obliga á contratar con los demás, cuando dentro de la familia no puede contratar por sí, y que la pone en el caso de contraer responsabilidades para con los extraños, que dentro de la familia tampoco puede contraer. Es necesario desengañarse, la mujer que dentro de la familia, y en defecto del padre su jefe, puede ejercer su benéfica influencia en cuanto á la familia atañe; la mujer que ha de inspirar el bien en cuanto á los suyos concierne, y ha de preveer instintivamente más que el hombre cuanto perjupicar puede á su familia, no es posible que se lance al mundo social á ejercer cargos públicos, que público cargo es el del albaceazgo, en detrimento y en perjuicio de los deberes que para con la familia tiene. Cuando no le ligaren los afectos de familia, cuando no tenga que atender á los deberes que con relación á su marido y á sus hijos debe cumplir, cuando no ha de reconocer una jefatura como la que reconocer siempre debe dentro de la familia, se comprenderá perfectamente que pueda dedicarse á oficios como el del albacea, espinoso siempre y lleno de obligaciones; pero mientras la mujer pertenezca á la familia, sea casada, ó tenga hijos á que atender, no es justo ni conveniente, ni digno, ni moral, que se dedique á ejercer cargos como el del albaceazgo.

En cuanto á los menores, es inconcuso que no deben ni pueden ejercer el cargo de albaceas aunque los padres y los tutores les dieran consentimiento para ello, pues este consentimiento no habría de modificar la legislación general, ni habría de investirles de facultades que nunca el menor puede tener, ni habría tampoco de hacerles contraer esa responsabilidad que el ejecutor de actos jurídicos siempre contrae.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 727, y el de 1882 en su art. 894, propusieron preceptos idénticos; y concordancias encontramos entre el artículo



que nos ocupa y los arts. 1028 al 1030 del Código Francés, 904 y 905 del de Italia, 1028 al 1030 del Código Belga, 1272 al 1274 del Código de Chile, 3846 al 3848 del Código de la República Argentina, 1053 del Código de Holanda, 1656 y 1657 del Código de Luisiana, 928 y 929 del Código de Uruguay, 3677 del de México y 3677 del de Campeche, 1064 y 1065 del Código de Veracruz-Llave y otros.

Art. 894. El albacea puede ser universal ó particular.

En todo caso, los albaceas podrán ser nombrados mancomunada, sucesiva ó solidariamente.

Es evidente que el albacea puede ser universal ó particular, ya se considere este cargo como de mera inspección que el testador mande ejercer á una persona de su confianza, ya se le considere como la representación del testador después de su muerte encargando á otro la realización de su pensamiento, al fin, tiene todos los caracteres de un mandato, y éste puede ser siempre especial y general; y aunque nos inclinemos á creer que la verdadera misión del albacea sea esta última, aunque creamos que es y debe ser el representante del testador, que una vez fallecido éste ha de cumplir su voluntad, ha de llevar á efecto el pensamiento que aquel durante su vida tuvo con relación á la distribución de sus bienes, no cabe duda que ese nombramiento puede recaer en varias personas mancomunadamente, sucesivamente ó solidariamente, y que según se hiciere dicho nombramiento se entenderán sus facultades y su responsabilidad.

El art. 895 del Proyecto de Código de 1882 propuso preceptos análogos; y ya la Ley 3.ª, tít. 10, Part. 6.ª, como la Ley 10, tít. 21, lib. 10 de la Novísima Recopilación se ocupaban de los albaceas universales y particulares y de sus facultades; siendo el universal aquel á quien se le confía la ejecución plena de la voluntad del testador y la distribución de todos sus bienes; y el particular aquel á quien se encomienda tan sólo el cumplimiento de las disposiciones referentes al alma del testador ó algún encargo particular.

No todos los Códigos modernos distinguen entre el albaceazgo universal y el particular, y casi puede asegurarse que los de México y Campeche son los que mejor determinan sas diferencias, pues uno y otro Código, en sus respectivos arts. 3690 determinan que, en los casos en que es libre el nombramiento de albacea, puede éste ser universal ó especial; y en los arts. 3691 de ambos Códigos, se previene que los albaceas pueden ser nombrados mancomunada ó sucesivamente; no teniendo verdadera concordancia mas que en cuanto á este último extremo en el art. 3714 del Código de la Baja California, que dice que en todo caso los albaceas pueden ser nombrados mancomunada ó sucesivamente, pues en lo demás, relativo á nombramiento de albaceas, ya dijimos an-

tes que aquel Código de la Baja California tiene una manera especial de ser que se determina en los arts. 3703 al 3706.

Concuerda también el art. 894 que de nuestro Código comentamos con el art. 904 del Código de Guatemala, 934 del de Uruguay, 1281 del de Chile, 910 del de Italia, 1904 del de Portugal, 3870 del de la República Argentina y otros, que realmente sólo tienen alguna analogía.

Art. 895. Cuando los albaceas fueren mancomunados, solo valdrá lo que todos hagan de consuno, ó lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, ó lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número.

Comienza ya este artículo á prefijar los efectos del albaceazgo, según su clase, y evidente es que entre los albaceas mancomunados sólo deberá tener fuerza y valor lo que todos ellos hicieren de consuno, porque la mancomunidad lleva consigo reciprocidad de derechos y obligaciones, manifestación expresa de la voluntad de todos los que la componen, convirtiendo en una la voluntad de todos los mancomunados; así es que cuando obre solo alguno de ellos, para que sean eficaces sus actos, se hace preciso que estén autorizados en forma por los demás: y cuando no hubiere conformidad entre ellos, la ley de las mayorías impera como no puede menos de imperar en todo, porque el mayor número se impone; el mayor número representa la idea más general, y el mayor número caracteriza la opinión dominante en la esfera social.

El Proyecto de 1882, en su art. 897, proponía un precepto análogo, como lo propuso también anteriormente el art. 736 del Proyecto de 1851; encontrándose precedentes en la Ley 6.ª, tit. 10, Part. 6.ª

Concuerda con los arts. 3870 y 3871 del Código de la República Argentina, 934 y 935 del Código de Uruguay, 905 del de Guatemala, 1904 del de Portugal, 1283 del de Chile, 910 del de Italia, 3692 del de México, 3715 del Código de la Baja California, y 3692 del de Campeche.

Art. 896. En los casos de suma urgencia podrá uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente á los demás.

Exactamente lo mismo que este artículo se lee en los arts. 3693 del Código de Campeche, 3716 del Código de la Baja California y 3693 del Código de México, lo cual demuestra que estos Códigos, como el nuestro, están conformes de toda conformidad en sentar una excepción á la regla general anteriormente establecida para evitar los perjuicios que pudieran irrogarse en casos especia-



lísimos de una urgente necesidad, y esto mismo vino ya proponiéndose en el art. 897 del Proyecto de Código de 1882.

Art. 897. Si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ní fija el orden en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los dos artículos anteriores.

Lógico y natural es que cuando el testador no establece de un modo claro y terminante la solidaridad de los albaceas, se entienda que lo son mancomunadamente y desempeñen el cargo con esa comunidad de derechos y obligaciones que llevan consigo los nombramientos á que se refieren los dos anteriores artículos, pues así como allí donde la ley no distingue no deben admitirse distinciones, de la misma manera cuando la voluntad del testador, que en esta materia es la suprema ley, no distingue, debe conceptuarse que todos los nombrados tienen iguales facultades, idéntica responsabilidad y que sólo mancomunadamente pueden ejercer su cargo, prevaleciendo el mayor número caso de discordia como sucede en los Tribunales colegiados, y no pudiendo ninguno de ellos obrar independientemente de los demás, sino con autorización de todos.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 898, propuso preceptos algún tanto semejantes, aunque con marcadas y trascendentales variantes respecto del que nos ocupamos, pues, según aquel, se declaraba solidarios á los albaceas, con la prevención de que desempeñaran el cargo todos juntos ó cualquiera de ellos; lo cual modifica por completo el concepto jurídico que dicha prescripción envuelve, pues no cabe la solidaridad allí donde se admite que todos ó cualquiera de los obligados puedan obrar con independencia, porque esto nos llevaría al absurdo de que las grandes responsabilidades que contrae uno por actos propios se extendiesen á los demás cuando obrase como albacea testamentario, á cuyo albaceazgo concurriesen varios figurando como tales albaceas, pero sin ejecutar por sí ni por delegación hecho alguno que al albaceazgo se refiere; por esto nuestro Código, mucho más lógico que el Proyecto y obedeciendo á los principios generales que informar deben en esta materia, se ha desviado de aquella errónea opinión y ha convenido en lo necesario de la solidaridad de los actos, como de la solidaridad de las obligaciones y responsabilidades de los albaceas mancomunados.

Ya la Ley 6.ª, tít. 10, Part.ª 6.ª, disponía que: *cuando no pudieren intervenir en el cargo todos los albaceas, valiera lo que uno de ellos hiciese en representación de los demás*; pero este precepto que no era tan claro como convenía ha venido á ser precisado de una manera categórica en nuestro Código que



concuerda en este punto con la mayoría de los Códigos modernos y muy principalmente con el de Campeche en su art. 3694, en cuanto no aparezca un nombramiento sucesivo; el 3717 del Código de la Baja California, que se expresa en el mismo sentido de los nombramientos sucesivos; y el 3694 del Código de México, que es enteramente igual á los anteriores.

El art. 935 del Código de Uruguay, no acepta tal solidaridad, sino cuando todos los albaceas han entrado en la tenencia de los bienes, á menos que el mismo testador ó el Juez de la testamentaria, hubiere dividido sus atribuciones á instancia de cualquiera de dichos albaceas ó de los interesados en la sucesión y cada albacea se haya limitado á las atribuciones que le incumbian.

El art. 905 del Código de Guatemala, determina que: *es solidaria la responsabilidad de los albaceas mancomunados*; el art. 1904 del Código de Portugal, establece igual solidaridad en cuanto se hubieren hecho cargo de los bienes de la herencia; el 910 del Código de Italia determina que están obligados *in solidum* todos los albaceas nombrados á dar cuenta de los bienes muebles que se les hayan confiado, si el testador no hubiese dividido sus encargos y cada uno de ellos no se hubiese limitado al que le fuè conferido.

El Código de Bélgica en su art. 1033 previene que si hubiere muchos albaceas que hayan aceptado, podrá actuar uno solo á falta de los demás, y serán responsables todos solidariamente de la cuenta del mobiliario que se les hubiese confiado, á menos que el testador hubiese dividido sus funciones y cada uno de ellos se hubiera concretado al desempeño de las al mismo confiadas; en lo cual parece copiado del art. 1031 del Código de Francia: el art. 1076 del Código de Veracruz-Llave, ordena que cuando son varios los albaceas, y no pueden ó no quieren intervenir todos, valdrá lo que se haga por uno solo ó por el menor número de aquellos; y el 1077 del mismo Código, previene que los que acepten el cargo, comenzarán desde luego á ejercerlo sin contar con los otros, y presentándose éstos se pondrán de acuerdo respecto á la manera de desempeñar el albaceazgo, y no lográndose dicho acuerdo, decidirá el Juez competente; pero si los albaceas no habian sido nombrados para obrar mancomunadamente, se entenderá que cada uno de ellos habia de sustituirse con arreglo al órden de los nombramientos; mientras que el Código de Chile en su artículo 1281, declara solidariamente responsables á todos los albaceas mancomunados, siempre que el testador no les eximiese de tal responsabilidad ó hubiere dividido entre ellos sus atribuciones cuya división tambien puede hacer el Juez competente.

Art. 898. El albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo sino se excusa dentro de los seis días siguientes á aquel en que tenga noticia de su nombramiento, ó, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador.

Todos los Códigos reconocen que el cargo de albacea es voluntario, y asi lo determinaba tambien la tantas veces citada ley 6.ª, tit. 10, Part.ª 6.ª, pues así como á nadie puede obligársele á admitir un mandato ni á ser administrador de una persona determinada, tampoco puede obligársele á persona alguna á aceptar el cargo de albacea; pero una vez admitido, debe cumplirse bien y fielmente, bajo la responsabilidad del que lo acepta, habiéndolo decidido asi tambien el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, como decidió de igual modo lo relativo á la responsabilidad solidaria de los albaceas mancomunados en la misma forma que hoy previene nuestro Código. Más en cuanto á la aceptación, debe decirse que no siempre se acepta expresamente, sino que se entenderá aceptado el cargo de albacea, si el para tal nombrado no se excusare dentro de los seis dias siguientes al en que supo su nombramiento, ó, si ya le fuere conocido, no presentare la misma excusa dentro de los seis dias siguientes al en que tuvo noticia de la muerte del testador; y esto es natural, pues la aceptación de cargos de esta naturaleza puede ser expresa ó tácita, y siendo tácita debe prefijarse un término para conocer aunque indirectamente si se admite ó no dicho cargo, pues el que no lo rechaze dentro el término establecido préviamente por la ley, tiene que conceptuarse necesariamente como aceptante de aquel cargo voluntario del cual pudo excusarse en tiempo oportuno; y esta escusa, en nuestro concepto, debe presentarse ante el Juez competente para conocer de la testamentaria, que es ante el cual, deberia exigírsele la responsabilidad en que incurriese por la falta de cumplimiento de sus deberes.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 899 proponia idénticos preceptos, y tanto en los art. 3695 y 3697 del Código de Campeche, como en iguales artículos del Código de México, y en los art. 3718 y 3720 del Código dela Baja California, se vienen sentando preceptos enteramente iguales al del artículo que de nuestro Código comentamos, pues en los primeros artículos de dichos Códigos se sienta el principio de que el cargo de albacea es voluntario pero que si se acepta se constituye en la obligación de cumplirlo; y en los segundos se prefija el término de seis dias para la presentación de excusas, identicamente igual que el nuestro. El Código de Portugal en sus art. 1889 y 1890 sienta análogos principios, si bien limita á tres dias el término para la presentación de excusas, y expresa que estas han de presentarse ante la autoridad competente bajo pena de daños y perjuicios, no pudiendo dimitir sin justa causa y oidos préviamente los interesados ante el Juez respectivo, aquel albacea que hubiese admitido el cargo directa ó indirectamente: entrañando preceptos análogos los arts. 1083 del Código de Veracruz Llave, 1277 del Código de Chile, 907 del de Guatemala, 930 del Código de Uruguay; si bien el de Guatemala expresa que ninguno está obligado á aceptar el cargo de albacea, pero que no puede renunciarlo despues de aceptado sino con justa causa á juicio del júez, y que los Magistrados, Fiscales

ó Jueces que á la publicación de aquel Código ejercieren funciones de albacea, deberian separarse de la Magistratura Fiscalia ó Juzgado que sirvieren, mientras que el articulo citado del Código de Uruguay previene que el albacea nombrado puede reusar libremente este cargo; pero que aceptándolo expresa ó tácitamente, está obligado á desempeñarlo excepto en los casos en que es permitido al mandatario exonerarse del suyo, y que si reusare el cargo, siendo legatario perderá el legado, según previene el art. 805 de aquel Código.

Art. 899. El albacea que acepta este cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo; pero lo podrá renunciar alegando causa justa, al prudente arbitrio del Juez.

Ya hemos indicado anteriormente algo sobre este particular, y tal es la naturaleza del precepto que nos ocupa que no necesita comentario, pues sabido es que quien acepta un cargo, obligado está á cumplirlo, y que la renuncia de los cargos anteriormente admitidos, siempre se hace alegando una justa causa para ello, causa que será admitida en el caso que nos ocupa al prudente arbitrio del Juez quien tendrá en cuenta las condiciones del albacea renunciante, y las circunstancias en que se halle el albaceazgo renunciado.

El Proyecto de Código de 1882 en su art 900 proponia un precepto análogo, y si bien no encontramos precedentes en nuestro derecho pátrio que expresamente determinen lo que nuestro Código preceptúa, los Códigos modernos todos están conformes con tal principio que necesario se ha hecho sustentar; y esto no solo lo confirman las diferentes citas hechas en el articulo anterior, sino la simple lectura de los articulss 3865 del Código de la República Argentína; 1278 del de Chile; 1891 del de Portugal y otros varios.

Art. 900. El albacea que no acepte el cargo, ó lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.

Ya algo se indicó anteriormente acerca de esta medida previsora tomada por el legislador que atendiendo á la compensación que pudiera haber querido imponer el testador entre las molestias del cargo de albacea y los beneficios del legado, siempre se ha entendido en nuestra patria lo mismo en la legislación común, que en la aforada, como lógico, justo y equitativo medio de obligar á la aceptación del cargo de albacea, tanto es así, que en esta región catalana en casos de esta naturaleza, cuando el albacea acepta el legado, se entiende siempre hecha la aceptación del albaceazgo; pero es más, mostraríase una ingratitud grandisima en aquel que habiéndosele conferido un cargo de confianza como es el de albacea, no correspondiese con la aceptación de dicho

cargo á esa confianza que el testador le dispensó, y seria enormemente raro que no habiendo cumplido como bueno correspondiendo á la confianza del testador, se aprovechase de la liberalidad de éste, disfrutando el legado que le hiciera.

El Proyecto de 1882, en su art. 901 propuso igual precepto, y la Ley 8.ª, titulo 10, Part. 6.ª, si bien no habla de dimisión voluntaria del cargo, refiriéndose á la separación de los albaceas por sentencia de Juez competente, dispone que los que en tal caso se hallaren pierdan lo que por dicho testamento debieran recibir, salvo la legitima de los descendientes del testador, según se ha decidido en varias sentencias del Tribunal Supremo de todos conocidas; y la Ley 12, tit. 5.º, lib. 3 del Fuero Real establecia tambien qué, si el cabezalero no queria serlo perdiera lo que por el testamento le correspondiese.

El precepto que de nuestro Código nos ocupa y que en relación está con los arts. 807 y 809 del mismo Código, tiene sus concordancias en el art. 3996 del Código de México, en el 3719 del de la Baja California, en el 3996 del de Campeche, en el 1227 del de Chile, en el párrafo 2.º del art. 931 del de Uruguay en su relación con el art. 805 del mismo Código, en el 1869 del de Portugal y en el 1090 del de Veracruz-Llave, que determina que el albacea cuando no desempeñe dentro el término legal el cargo, pierde el legado manda ó mejora que se le haga en el mismo testamento.

Art. 901. Los albaceas tendrán las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias á las leyes.

La redacción de este articulo significa que los albaceas no pueden obrar á su arbitrio, sino que, obligados están á cumplir la voluntad del testador extrictamente, y que la eficacia de sus actos no vá más allá de la expresada voluntad testamentaria, tanto en lo relativo á los encargos piadosos que se hubieran hecho, como en los demás extremos que comprendiesen las facultades otorgadas al designarles como tales albaceas. Y esto es natural y lógico, puesto que asemejándose el albaceazgo al mandato, el mandatario no puede ir más allá de donde le facultó el mandante, á cuyas órdenes concretas tiene que atenerse; pero el mandante tampoco podrá dar facultades á su mandatario para que obre de un modo contrario á las leyes, pues si tal hiciese, esas facultades se tendrian por no concedidas, las cláusulas en que se contuviesen se tendrian por no puestas, y nunca podrían realizar ni el mandante ni el mandatario lo que terminantemente estuviere prohibido por la ley.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 728, como el Proyecto de 1882, en su art. 902 proponian igual precepto; y las Leyes 2.ª y 3.ª, tit. 10, Part. 6.ª sirven de precedentes en nuestro derecho patrio á la disposición que nos ocupa, ha-

biéndose decidido ya en su conformidad varios casos en diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 17 de Enero de 1876.

En relación el artículo que comentamos con el 1057 de este mismo Código, concuerda con los arts. 3851 del de la República Argentina, 1894 del Código de Portugal, 3705 del Código de México, 3728 del de la Baja California, 3705 del de Campeche, 1066 del de Veracruz-Llave y otros varios, siendo cuasi igual al nuestro el de Portugal, previniéndose en los de Campeche, Baja California y México, que las facultades del albacea serán las que expresamente le haya conferido el testador y no sean contrarias á las leyes, además de las contenidas en los respectivos artículos de aquéllos Códigos; y el de la República Argentina, además de indicar en su primer párrafo lo mismo que el nuestro y los anteriormente citados, previene que si el testador no hubiere designado esas facultades, el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias necesarios sean para la ejecución de la voluntad del testador.

Insistimos en que las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo á las leyes; y sino las hubiere designado, el ejecutor testamentario debiera tener como dice el Código Argentino, todos los poderes que según las circunstancias sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador, lo cual está conforme con lo que preceptuaban las Leyes 3.ª tít. 10, Partida 6.ª y 10, tít. 21, lib. 10 de la Novísima Recopilación; pues según estas, el mandato que se hiciere al albacea restringía los derechos de administración y libre disposición que pertenecían á los herederos en su calidad de propietarios, no pudiendo por lo tanto extenderse más allá de las disposiciones de la ley y de los límites indispensables á su objeto, pues hacer lo contrario sería abusivo y determinaría más latitud á la esfera de acción del albacea que á la del propietario.

También vemos analogías en los arts. 1301 del Código de Chile y 1358 del de Colombia, y en otros varios Códigos extranjeros, muy especialmente los americanos.

Art. 902. No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes:

1.ª Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo á lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.

2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero.

3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validéz en juicio y fuera de él.



4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.

El precepto de este artículo quiere decir que, ante todo, debe atenerse en esta cuestión á la voluntad del testador, y cuando ésta no fuere expresa se sujetará el albacea á lo que preceptúa el artículo que comentamos, en el que se prefijan reglas más que facultades que el albacea debe observar en el cumplimiento del albaceazgo. Y esto que hoy sienta nuestro Código no es nuevo, pues aunque la Ley de Partida sólo les autorizaba para pagar los legados, sin ser tan explícita como el presente Código, trataba ya de las atribuciones de los albaceas en las Leyes 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 10, Part. 6.ª, como se trató después en la Ley 10, tít. 21, lib. 10 de la Novísima Recopilación, disposiciones indudablemente tomadas en parte del derecho romano.

Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo á lo ordenado por él en el testamento, es una de las primeras obligaciones del albacea, y así necesariamente tenía que ser, puesto que es el primero que interviene en las últimas disposiciones; y como las diligencias indicadas son las primeras más esenciales y urgentes, han de ejecutarse antes de todo y antes de la distribución de los bienes herenciales entre los herederos y legatarios, de aquí el que sea más que una facultad el primer deber del albacea, la disposición y pago de los sufragios y funeral del testador, según la voluntad de éste, y caso de no haberla expresado según la costumbre del pueblo.

Otra facultad, dice el Código, y nosotros creemos que hubiera dicho mejor otra obligación del albacea, es la de pagar los legados que consisten en metálico, pero con el beneplácito del heredero, siendo esto indispensable en los herederos forzosos para que no se perjudiquen en la legítima; no encontrándolo tan necesario en cuanto se refiere á los herederos libres si no es en cuanto pudiera perjudicárseles por los cálculos que hubieren tenido en cuenta para la aceptación ó repudiación de la herencia.

La tercera facultad que sostiene el Código es la de vigilar sobre la ejecución de todo lo ordenado en el testamento y sostener su validez en juicio ó fuera de él en cuanto quepa dentro de lo justo; cuya facultad también pudiera conceptuarse como una verdadera obligación del albacea, siendo por demás evidente su razón de ser y su justicia.

La cuarta facultad que señala el Código es verdaderamente tal, si bien tiene algún tanto de obligación, puesto que el conservar y custodiar los bienes es un deber de todo albacea, y el tomar las precauciones necesarias al efecto con intervención de los herederos presentes ó sin ésta, es una verdadera facultad discrecional de los testamentarios.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 729, sólo comprendía las tres pri-

meras atribuciones que en el artículo que comentamos se consignan, mientras que en el art. 903 del Proyecto de 1882 se introdujo una cuarta regla de acción dirigida á la conservación y custodia de los bienes, que era la de la formación del inventario del heredero.

Contiene algunos preceptos análogos el art. 3651 del Código de la República Argentina, aunque sin determinar, como lo hace el nuestro, las cuatro facultades que quedan consignadas; mientras que el art. 1899 del Código de Portugal prefija esas cuatro facultades llamándolas como deben llamarse obligaciones, y siendo la primera y tercera casi completamente iguales á la primera y segunda reglas de acción que propuso el Proyecto de 1851, en su art. 729, pues expresa que si el testador no determinase las obligaciones del testamentario, consistirán éstas en lo siguiente: 1.º En cuidar del entierro y funeral del testador, y en pagar los gastos y sufragios respectivos conforme á lo que dejase dispuesto en el testamento, y á falta de disposición, según la costumbre del país. 2.º En hacer registrar competentemente el testamento, si lo tuviere en su poder, en el plazo de ocho dias contados desde el que tuviere conocimiento de la muerte del testador. 3.º En velar por la ejecución de las disposiciones testamentarias y en sostener si fuere necesario la validez de ellas en juicio y fuera de él; y 4.º, en facilitar á los interesados el examen del testamento si lo tuviere en su poder, y en permitir que se saquen las copias legales necesarias.

El Código de Uruguay, tiene otro método para determinar las obligaciones de los albaceas, y es el de designar en los arts. 936, 937, 942, 943 y 944, las obligaciones del albacea, previniendo en el primero, que: *incumbe á éste velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarde bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles mientras no haya inventario solemne y cuidar de que se proceda á este inventario con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión, salvo que siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unanimemente que no se haga inventario solemne*: prefijando el 937, que: *todo albacea será obligado á dar noticia de la apertura de la sucesión, por avisos publicados en el periódico del departamento, si lo hubiere, ó no habiéndolo, en carteles que se fijarán en los parajes públicos del pueblo cabecera, cuidando de citar á los acreedores por edictos que se publicarán de la misma manera.*

Allí, el albacea tiene también la obligación de pagar los legados que no se hayan impuesto á determinado heredero ó legatario, para lo cual exigirá á los herederos ó al curador de la herencia yacente en su caso, el dinero que sea menester, y las especies muebles ó raices en que consistan los legados si el testador no le hubiere dejado la tenencia del dinero ó de las especies. Si hubiera legados para objetos de beneficencia pública, el albacea dará conocimiento de ellos, con inserción de las respectivas cláusulas al Fiscal del Gobierno, á quien



igualmente denunciará la negligencia de los herederos y legatarios obligados á prestar estos legados. De las mandas piadosas, como sufragios, misas, fiestas eclesiásticas, y otras semejantes, el albacea dará cuenta al ordinario eclesiástico, quien por medio de su Fiscal podrá implorar ante la autoridad civil las providencias judiciales necesarias para que los obligados á prestar estas mandas las cumplan; y si se temiese pérdida ó deterioro de las especies legadas que no hubieran de entregarse inmediatamente, el albacea podrá exigir caución á los obligados á su pago.

El Código de Guatemala, en sus arts. 908 y 909, pero especialmente en el primero, siguiendo un sistema parecido al de nuestro Código, determina que los albaceas cuidarán:

1.º *De los funerales del testador arreglándose á lo por éste dispuesto.*

2.º *De la inmediata seguridad de los bienes.*

3.º *De hacer inventario con intervención de los herederos, y cuando no los hubiere, con la de los interesados en los bienes.*

4.º *De que se paguen las deudas pasivas y legados que hubiere.*

5.º *De administrar los bienes mientras los herederos toman posesión de ellos.*

y luego en el art. 909 es donde viene la verdadera facultad del albacea, para que una vez practicado el inventario y entregados los legados específicos, se aseguren los demás legados á satisfacción de dicho albacea, quedando la herencia en poder de los herederos.

Los Códigos de Francia y Bélgica, en sus art. 1031, previenen que: *los ejecutores testamentarios hagan poner sellos si hubiera herederos menores de edad, ausentes ó sujetos á interdicción á los bienes herenciales, cuiden de efectuar el inventario en presencia de un heredero presunto, ó citando á éste en forma, soliciten la venta de los muebles si no hay dinero bastante para hacer efectivos los legados, cuiden de que se cumpla el testamento en todas sus partes, y den cuenta de sus gestiones al expirar el año de la muerte del testador*; sin perjuicio de que, según en aquel pais se decidió por varias sentencias del Tribunal de Casación, el albacea puede vender hasta los bienes inmuebles de la sucesión para entregar el precio al legatario universal después de satisfechas las cargas, siempre que para ello le hubiere autorizado el testador: en cuyos principios sigue fielmente á los anteriores Códigos, el de Italia en su art. 908; encontrando también preceptos análogos, en los arts. 3707 del Código de Campeche, 3730 del de la Baja California, y 3707 del de México, en los cuales se preceptúa que son las obligaciones del albacea general: 1.ª la presentación del testamento; 2.ª el aseguramiento de los bienes de la herencia; 3.ª la formación de inventarios; 4.ª la administración de los bienes y rendición de la cuenta del albaceazgo; 5.ª el pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias; 6.ª la particion y adjudicación de los bienes entre los herederos y

legatarios; 7.ª la defensa en juicio y fuera de él, asi de la herencia como de la validez del testamento conforme á derecho: consignándose además en el Código de la Baja California una octava regla, dedicada á imponer como un deber del albacea, el representar á la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre, ó se promovieren contra ella, y una regla novena reducida á llamar la atención acerca de las demás obligaciones que especial y expresamente pudiera imponer la ley á los albaceas.

En cuanto al Código de Veracruz-Llave, podemos asegurar que su articulo 1069, es enteramente igual al 902 que de nuestro Código comentamos en sus tres primeras reglas, pues la cuarta que entraña nuestro Código, no se ve consignada en aquél.

Analogias se ven también con el precepto que nos ocupa en los arts. 1284 al 1291 del Código de Chile, 1341 al 1348 del de Colómbia, 2237 del de Sajónia, 1899 del de Portugal, y otros.

Art. 903. Sino hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo apronttaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación ó establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.

Uno de los más dificiles casos que pueden ocurrir, es el expuesto en el articulo que acaba de consignarse, caso que ya tuvo presente la Ley 62, tit. 18, Part.ª 3.ª, si bien, segun la misma cuando había necesidad de proceder á la enajenación de bienes del finado, era indispensable efectuarlo en pública subasta á no ser que el testador invistiese de facultades extraordinarias á los albaceas y previniese la manera de verificar la enajenación, cuya pública subasta solo tiene lugar al presente segun la disposición del segundo apartado del articulo que nos ocupa, cuando hubiere interesado en la herencia algun menor, algun ausente, corporación ó establecimiento público, en cuyo caso la venta se hará con las formalidades que la ley exige para tales casos siempre en subasta pública, con intervención del Ministerio Fiscal, y con las demás formalidades prevenidas al efecto en los arts. 2011 al 2030 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 730, propuso preceptos análogos en lo esencial, y el art. 904 del Proyecto de 1882, proponia prescripciones idénticas

al que de nuestro Código al presente nos ocupa, encontrándose concordancias en los artículos anteriormente citados, 1031 del Código de Francia, 908 del de Italia, 1031 del de Bélgica, y en los arts. 1898 del Código de Portugal, 945 del de Uruguay, 3856 del de la República Argentina, 3720 del de México, 3741 del Código de la Baja California, 3720 del de Campeche, y 1070 al 1072 del Código de Veracruz-Llave.

Art. 904. El albacea, á quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación, ó desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validéz ó nulidad del testamento ó de alguna de sus disposiciones.

El artículo que expuesto queda, supone como regla general que para la fijación del plazo que ha de durar el albaceazgo, debe estarse en primer término á lo dispuesto por el testador, y cuando éste nada hubiere prevenido expresamente, ese plazo durante el cual han de practicar los albaceas sus gestiones es el de un año: más envuelve la redacción de este artículo materia bastante para fundamentar la prórroga indefinida de la duración del albaceazgo, puesto que no solo se refiere el artículo que comentamos á la fecha de la aceptación del cargo, como base de la que se parte para contar aquel plazo, sino que se expresa tambien que el término del año puede contarse desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez ó nulidad del testamento ó de algunas de sus disposiciones, y con este motivo, fácil le será al albacea de mala fé sostener litigios con el exclusivo objeto de prorrogar el plazo del albaceazgo. Encontramos más conforme el precepto de la Ley 6.ª, tit. 10, Part.ª 6.ª, que señalaba como máximum de duración el plazo de un año cuando el testador no hubiere determinado otra cosa en contrario, como señaló anteriormente en el derecho romano como término máximo el de un año el párrafo 2.° de la Ley 28 tit. 3.°, lib. 1.° del Código Justinianeo; y si bien los glosadores de aquel Código sostuvieron sus diferencias acerca del modo de computar este período, pues unos sostenian que debía empezar á contarse desde la muerte del testador, mientras otros sustentaban la idea de que el comienzo de este computo partia de la adición de la herencia por el heredero, la idea más generalmente admitida es la de que el término debia contarse desde la muerte del testador, pues así lo prefijaba terminantemente la ley que de dicho Código romano acaba de citarse, como despues lo ha venido á determinar de un modo bien claro y patente la antes citada Ley 6.ª, tit. 10, Part.ª 6.ª, lo cual se comprende perfectamente sin más que su lectura, puesto que despues de tratar en su primer párrafo dicha ley, de cuando el testador hubiera designado término á los testamentarios, continua en el segundo párrafo del modo siguiente: *E si por aventura, él non*

señalare dia, nin tiempo fasta que lo cumpliesen, debense ellos trabajar, luego despues de la muerte del testador de la cumplir lo más ayna que pudieren sin alongamiento y sin escatima alguna. E si embargo tan grande ovie sen porque non lo pudiesen luego cumplir, débense trabajar que lo cumplan en todas guisas, á lo más tarde fasta un año despues de la muerte del testador: y aun cuando al presente no esté en uso la intervención de los Obispos que prescribia la Ley 7.ª de dicho titulo y Partida por la cual dichas autoridades eclesiásticas debian impulsar la pronta ejecución de los testamentos y aunque segun varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 26 Noviembre de 1861, se presenten casos en que por las circunstancias especiales de la testamentaria, se haga imposible materialmente su terminación en dicho plazo, es lo cierto que la mayoria de las veces puede terminarse el cumplimiento del albaceazgo en el periodo del año desde la muerte del testador, y si alguno de los nombrados no quiere ó no puede intervenir en las operaciones de su cargo, debe declararse eficaz lo efectuado por el que acudiese á su ejecución aunque fuese uno solo, y deberia exigirseles á los demás una multa por la falta de cumplimiento de su deber, más la indemnización de los perjuicios que hubieren ocasionado con su morosidad, quedando tambien sujetos á la responsabilidad criminal si hubiesen procedido de mala fé.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 735, y el de 1882, en su art. 907, proponian un plazo idéntico para la terminación del albaceazgo, y concordancias vemos en el art. 1026 en relación con el 1031 del Código de Francia, 954 del Código de Uruguay, 1075 del Código de Veracruz-Llave, 914 del de Guatemala, que contiene un precepto que deberia copiarse en todos los Códigos modernos por su precisión é imperio, como deberia aceptarse la teoria desenvuelta en el art. 915 de dicho Código, en el que se prescribe que este plazo de un año es fatal y no podrá prorogarse ni por el testador ni por el Juez.

Concuerda tambien con el párrafo 1.º del art. 1903 del Código de Portugal; y son exactamente iguales al nuestro los arts. 3727 del Código de México, 3748 del de la Baja California y 3727 del de Campeche; teniendo alguna relación el art. 3865 del Código de la República Argentina, el 1303 y siguientes del de Chile, 1360 y siguientes del de Colombia, 908 del de Italia y otros.

Art. 905. Si el testador quisiere ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga. Sino lo hubiese señalado, se entenderá prorrogado el plazo por un año.

Si, transcurrida esta prórroga, no se hubiese todavía cumplido la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso.

Con este artículo se hace interminable el albaceazgo; pues si bien es cierto que el tiempo pasa demasiado pronto, y que no es largo el periodo de un año para algunas testamentarias, valdría más que se hubiese marcado un mayor plazo, que no preparar el sistema de los aplazamientos y de las prórrogas que es un sistema ruinoso para los herederos, cuanto lucrativo para los albaceas en quienes no predomina la buena fe. Por ello somos opuestos á estas prórrogas, aunque comprendemos que no puede emplearse igual tiempo en una testamentaria de gran importancia que en sucesiones insignificantes; pero habiendo buena voluntad y penando con mano fuerte la maliciosa inmovilidad de algunos albaceas, no se darían casos harto frecuentes de que algunas testamentarias duren más que la vida de los herederos y sea una cruel eternidad su estado habitual, consumiendo la curia lo que habrían de disfrutar los herederos que ven pasar años tras años, y lustros enteros sin tocar el término del cumplimiento de un albaceazgo eregido en dominio absoluto de los bienes relictos por el testador, en perjuicio de herederos que á veces mueren en la miseria, teniendo perfecto derecho á vivir en la opulencia, ó cuando menos desahogadamente.

El Proyecto de Código civil de 1851, en su art. 735, y el de 1882, en su art. 908, propusieron preceptos análogos, fijando el plazo de un año como la Ley 6.ª, título 10, Part. 6.ª, aunque no se consignaba la segunda parte que vemos consignada en el segundo apartado del art. 905 que comentamos; y según ya hemos indicado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estableció en varias sentencias, entre otras la de 26 de Noviembre de 1861, que la tantas veces citada ley 6.ª de partida no era aplicable á casos en que materialmente se hacía imposible el cumplimiento del albaceazgo, como dejó sentada la doctrina de que el albacea que deja de cumplir su cometido en el término de un año, y es separado por esta causa en virtud de sentencia, lleva la nota de negligente y pierde lo que por testamento debiera percibir, según ya hemos indicado anteriormente; habiéndose dictado varias sentencias en este sentido, entre ellas la de 18 de Marzo de 1865, cuya pena de pérdida de cuanto hubiere de percibir por virtud del testamento del que le nombró albacea, se consignaba en la Ley 8.ª del mismo tít. 10 Part. 6.ª; si bien no puede entenderse que incurre *ipso jure* en esa pena de negligencia, sino que para ello se hace indispensable que preceda sentencia en virtud de la que se le prive de oficio.

Se ofrecía antes cuestión acerca de si en el caso de que fuese el hijo quien descuidase el albaceazgo de su padre dentro del año, debería perder la legítima; pero las grandes contraversias que sobre esto se suscitaron eran inútiles, porque la ley está clara, y de un modo preciso dice: *el hijo del testador no debe perder la su legítima parte*; en lo cual está perfectamente de acuerdo nuestro Código. Los herederos forzosos no pierden lo que por ley les corresponde; los que incurren en pérdida de lo que por el testamento hubieran de percibir son

los que lo recibieran por mera liberalidad del testador ó como premio de sus desvelos.

Concuerda nuestro Código en este punto con el art. 3728 del Código de Campeche, con el 3749 del Código de la Baja California, con el 3728 del de México, con el 954 del Código de Uruguay, que en su último apartado dice que: *El Juez podrá prorrogar el plazo señalado por el testador ó por la ley, si ocurrieren al albacea dificultades graves para evacuar su cargo, dentro de dicho plazo*; mas es completamente inexacto que concuerde con el art. 915 del Código de Guatemala, puesto que como hemos dicho anteriormente es completamente contrario, toda vez que determina que el plazo de un año señalado en el art. 514 de dicho Código es fatal, y no podrá prorrogarse ni por el testador ni por el Juez, doctrina que aceptamos como de mejores resultados prácticos y menos susceptible de abusos.

Art. 906. Los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario; pero, si el acuerdo fuese sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año.

Nada tiene de particular que los herederos y legatarios, puestos de acuerdo, prorroguen el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario; pues con ello no hacen los interesados más que novar el mandato que el testador hizo á los albaceas; admitida la idea de las prórrogas, y aun sin su admisión, cabe perfectamente lo que el artículo que comentamos preceptúa, y no sólo por el tiempo de un año á que el mismo se refiere, sino por el que tengan por conveniente sin contravenir á la ley; pues para nosotros, habiendo acuerdo unánime, y siendo el albaceazgo un verdadero mandato, ese mandato puede no sólo renovarlo, sino ejercitarlo de nuevo el mismo dia que termine, por la unanimidad de las voluntades de todos los interesados y con ese nombre ó con el de administración, no cabe duda que esos interesados podrán confiar el cuidado de los bienes herenciales, á los que bajo el nombre de albaceas se cuidaron de los mismos hasta el dia anterior.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 909, propuso preceptos análogos, y concuerda con el art. 3729 del Código de Campeche, con el 3750 de la Baja California y el 3729 del de México; cuyos Códigos preceptúan que la mayoria de los herederos y legatarios puede prorrogar el plazo en que el albacea debe desempeñar su encargo, observándose lo dispuesto en los dos articulos anteriormente citados de aquellos mismos Códigos.

Art. 907. Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo á los herederos.

Si hubieren sido nombrados, no para entregar los bienes á he-

rederos determinados, sino para darles la inversión ó distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, rendirán sus cuentas al Juez.

Toda disposición del testador contraria á este artículo será nula.

Es tan lógico, que el que ejerce un cargo, rinda cuenta de sus gestiones, que aun cuando no se dijese de ello cosa alguna en el Código, la razón natural dicta que asi se haga; y el albacea, que es lo que debe ser, debe rendirlas sin que se le pidan, porque de honrados hombres es el dar satisfacción cumplida de sus actos cuando depositario ha sido de la fortuna de otro, cuando desempeña un mandato, ó con tercera persona está obligado: pero los redactores del Código, comprendiendo que la expontaneidad en el pagar sus deudas no está en la idea de todos, y que la prestación de cuentas no á todos place, porque no á todos les satisface de igual modo el bien obrar; ha preceptuado con muy buen acuerdo lo que expuesto queda en este artículo, que es lo mismo que la Ley 5.ª, tít. 10, Part. 6.ª previene, obligando á rendir cuentas ante el Juez, hasta á los Obispos que debieran ejecutar mandas para redimir cautivos.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 737, propuso análogos preceptos, y el art. 910 del Proyecto de 1882 proponia lo mismo, en la esencia, que consignado queda en nuestro articulo, que en relación está con los arts. 671, 747, 748 y 749 del mismo Código.

Concuerda con el Código de Francia en el apartado último de su art. 1031; párrafo último del art. 908 en relación con el 910 del Código de Italia; 1905 del de Portugal; 958 del de Uruguay; 917 del de Guatemala; 3868 del de la República Argentina; número 4.º del 3707, 3718 y 3726 del Código de México; número 4.º del 3730, 3739 y 3747 del Código de la Baja California; y los arts. número 4.º del 3707, 3718 y 3726 del Código de Campeche; debiendo hacerse presente que estos tres últimos Códigos declaran nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario ó de rendir cuentas, salvo el caso de que el heredero sea uno y que no haya legatarios; cuya obligación de rendir cuentas no sólo la tiene el heredero sino que pasa á sus sucesores; mientras el art. 3668 del Código de la República Argentina preceptúa sencillamente que el albacea está obligado á dar cuentas á los herederos de su administración, aunque el testador le hubiera eximido de hacerlo; y los arts. 1079 y 1080 del Código de Veracruz-Llave previenen que los albaceas deben dar cuentas de su encargo á los herederos; que en caso de ser universales para la inversión y distribución de todos los bienes en los casos permitidos por derecho, dichas cuentas deben presentarlas al Juez para su aprobación, siendo nula toda disposición por la que el testador haya ordenado que el albacea queda dispensado de dar cuentas.

Hemos dicho repetidas veces que el albacea es un mandatario; por lo tanto, la rendición de cuentas es una consecuencia lógica del mismo mandato y una de las obligaciones esenciales que de dicho mandato se derivan. Si al ejecutor testamentario se le eximiese de dar cuentas, sería un verdadero propietario, y nadie puede presumir que el que nombre un albacea haya tenido intención de hacerle heredero ó legatario transfiriéndole los bienes herenciales ó parte de ellos: la dispensa de la dacion de cuentas, habiendo herederos legítimos, autorizaría al albacea para apropiarse del sobrante de las legitimas, y cuando únicamente hubiere herederos voluntarios, implicaria la falcultad de entregar lo que le pareciese conveniente á los designados como tales herederos; y como el heredero en este caso pudo legar al albacea todo lo que no emplease en pago de deudas y cargas hereditarias, cuando no lo hizo, prueba evidente es de que al nombrarle simplemente albacea, ni quiso instituirle indirectamente heredero, ni hacerle un legado indeterminado y anómalo, ni darle jamás el carácter de propietario de los bienes que dejase al morir.

Concuerda también con el art. 2239 del Código de Sajonia, con el 1309 del de Chile, con el 1366 del de Colombia y con el 1065 del Holanda.

Art. 908. El albaceazgo es cargo gratuito. Podrá sin embargo el testador señalar á los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición ú otros facultativos.

Si el testador lega ó señala conjuntamente á los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá á los que lo desempeñen.

Por regla general el albaceazgo es cargo gratuito, pero esto no significa que el testador no pueda remunerar al albacea con lo que considere justo y prudente; abonándole los trabajos que hiciera para la partición ú otros que pericial ó facultativamente prestase; y aunque nada decian las antiguas leyes sobre esto, no dejó de ser materia de controversia entre los publicistas, cuya cuestión tan debatida queda resuelta por el Código en este artículo, de conformidad con nuestras costumbres y nuestras leyes.

Es inconcuso que si el testador nombra conjuntamente varios albaceas y les lega ó señala también conjuntamente alguna retribución, la parte del que no admita debe naturalmente acrecer á los demás albaceas que desempeñan el cargo, pues se comprende bien que lo que como remuneración al cargo se dejó, entre los que lo desempeñan solamente debe distribuirse.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 739, proponia preceptos análogos, y el art. 911 del Proyecto de 1882 vino modificando la proposición del anterior con un precepto igual al que de nuestro Código comentamos.

Concuerda con el art. 3872 del Código de la República Argentina, con el art. 1676 del de Luisiana, el 1302 del de Chile, si bien allí, lejos de sentarse el principio de que sea gratuito el cargo, de un modo expreso se previene que el albacea tiene derecho á una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión; pues, aunque el mandato no es gratuito por su esencia y sí lo es por su naturaleza, los salarios ó los honorarios no son bastante para alterar su carácter natural; y como nuestro Código, a pesar de sentar que el albaceazgo es gratuito por naturaleza, admite el derecho á cobrar lo que le corresponda al albacea por sus trabajos facultativos, viene con distintas formas á sostener la misma tesis.

También concuerda el art. 908, que de nuestro Código comentamos, con el art. 1892 del Código de Portugal, con el art. 919 del de Guatemala, el 953 del de Uruguay; pero realmente el de Portugal es el único que de estos tres sustenta la idea de que el albaceazgo debe ser gratuito, pues el de Uruguay, dice que cuando el testador no haya señalado la remuneración del albacea, se fijará por resolución judicial, habida consideración al caudal hereditario, y á lo más ó menos laborioso del cargo; mientras que el de Guatemala determina que llevarán los albaceas, por su trabajo, siempre que no sean herederos ó legatarios, el 2 por 100 de los bienes que inventarien, si la cantidad llega ó pasa de 50,000 pesos; el 3 por 100, si llega sólo á 40,000; el 3 y medio por 100, á 30,000; el 4 por 100, á 20,000; y el 5 por 100 si bajara de esta cantidad: de modo que estos dos Códigos de Uruguay y Guatemala, más bien son discordantes que concordantes con el nuestro en este punto.

Parecidos preceptos al de Guatemala entrañan los arts. 3731 al 3736 del Código de México, los 3755 al 3757 del Código de la Baja California y 3734 al 3736 del de Campeche, sin que exceda del 2 por 100 el tanto que en México y Baja California se cobra del importe líquido y efectivo de la herencia, llegando hasta el 3 por 100 en Campeche; y teniendo analogías en el art. 1068 del Código de Holanda, como el art. 2245 en relación con los 1231, 1143 y 820 del Código de Sajonia, 1302 del de Chile, 1359 del de Colombia y otros.

Art. 909. El albacea no podrá delegar el cargo sino tuviese expresa autorización del testador.

El albaceazgo como el mandato es personal, y por ello el albacea no puede delegar el cargo si no tuviere expresa autorización del testador.

Este art. 909 de nuestro código vigente, era el art. 910 de la primera edición, y lo que en aquella figuraba como art. 909 del primer Código, hoy en esta edición vigente, es el último apartado del art. 908 que acabamos de comentar.

Considerado el cargo de albacea como mandato de confianza, á nadie ha de sorprender que el legislador lo conceptue personal é intransferible, y así lo

ha decidido el Tribunal Supremo de Justicia en diferentes Sentencias, entre otras la de 29 de Marzo de 1869.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 740, y el 912 del Proyecto de 1882, propusieron análogo precepto; y concordancias vemos en los arts. 1032 del Código de Francia, 909 del Código de Italia, 1032 del Código de Bélgica, 3855 del de la República Argentina, 1280 del Código de Chile, 1906 del de Portugal, 932 y 933 del Código de Uruguay, 911 del de Guatemala, 3699 del de México, 3722 del Código de la Baja California, 3699 del Código de Campeche, el 1081 del de Veracruz-Llave, y otros varios; mientras que las leyes inglesas permiten al albacea testamentario transmitir sus facultades á un tercero.

Art. 910. Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia ó remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados.

Necesario era que se previniese cuando termina el albaceazgo, ó mejor dicho porque causas concluye dicho cargo, y subviniendo á esa necesidad el artículo 910 del vigente Código civil, determina que concluye por la muerte del albacea, por imposibilidad de ejercer el cargo, por renuncia ó remoción del albacea y por el lapso de tiempo señalado por el testador, por la ley y por los interesados: de manera que en este articulo no sólo se señala como causa eficiente de la terminación del albaceazgo, la muerte del albacea, siguiendo el principio de *mors omnia solvit*, sino que además de señalar la imposibilidad material y la renuncia ó remoción del albacea, viene á determinar el lapso de término señalado por el testador, que es libre en señalar el que tuviera á bien; el plazo señalado por la ley que es el de un año á que se refiere el art. 904; y el plazo ó término que los interesados señalen para su conclusión; de manera que pudiera decirse que termina por causas que reconocen su origen en la naturaleza, como son la muerte y la imposibilidad; por causas que dependen de la ley; y por causas dependientes de la voluntad del que lo ejerce, ó de los interesados.

El Código de la República Argentina en su art. 3865, preceptua que el albaceazgo acaba por la ejecución completa del testamento, por la incapacidad sobreviniente, por la muerte del albacea, por la destitución judicial; y por dimisión voluntaria; mientras que los Códigos de México y Campeche en sus articulos 3749, y el de la Baja California en su art. 3770, prefijan taxativamente los casos en que acaban los cargos de albacea ó interventor, señalando; 1.° por término natural del encargo; 2.° por muerte; 3.° por incapacidad legal declarada en forma; 4.° por escusa que el Juez califique de legitima con audiencia de los interesados, y del Ministerio público cuando se interesen menores ó el fis-

co; 5.° por el lapso del término señalado por el testador ó por la ley; 6.° por remoción, la cual no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada á petición de parte legítima y con audiencia del interesado.

También el Código de Uruguay, en sus arts. 954 y 956, preceptúa algo sobre la terminación del albaceazgo, aun que no con la claridad de los anteriormente expuestos; y el art. 914 del Código de Guatemala previene que: *espira el albaceazgo, pasado un año desde la muerte del testador, aunque no estén cumplidas las disposiciones de éste, y si se probare que están cumplidos los encargos del testador antes de este año, queda terminado también el albaceazgo;* mientras que en el art. 1081 del Código de Veracruz-Llave, después de expresar que el albaceazgo no puede delegarse, se consigna que: *el encargo espira por la muerte, imposibilidad, justa causa ó remoción después de aceptado, y por el lapso del término señalado por el testador ó por la ley*; viendose también alguna analogía en algunas de las prescripciones contenidas en los Códigos de Francia, Bélgica, Italia, Holanda, Prusia, Chile, Austria, y otros.

Este es uno de los artículos modificados al publicarse esta segunda edición vigente, aclarando conceptos.

Art. 911. En los casos del artículo anterior, y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá á los herederos la ejecución de la voluntad del testador.

Estuvo por demás acertado el legislador al redactar el artículo que acabamos de consignar, con tanto mayor motivo, cuanto que en el mismo se sienta la tésis de que los albaceas no pueden sustituirse, pero introduce una reforma tal, que mucho nos tememos no de lugar á pleitos; pues si en todos los casos del artículo 910, corresponde á los herederos la ejecución de la última voluntad, es evidente que cuando sea removido un albacea, según nuestro Código en vigor, el heredero es quien debe ejecutar la voluntad del testador, y como la costumbre en la práctica ha venido siendo la de nombrar un albacea dativo cuando el Juez removia al testamentario ó al legal, de aqui el que para muchos se susciten dudas entre si ha de continuarse con aquella costumbre, ó han de ir á parar á manos de los herederos todos los bienes herenciales en caso de remoción de los albaceas. Para nosotros es incuestionable, que dado un precepto tan claro y terminante como el del art. 911 que comentamos, caso de remoción de los albaceas ó ejecutores testamentarios, la ejecución de la voluntad del testador corresponde á los herederos y no puede corresponder á otras personas. Más, de todos modos, debe tenerse en cuenta que el carácter y atribuciones de albaceas testamentários, dependen de su condición de universales ó particulares; á los albaceas universales hay quien les considera equiparados á los herederos, mientras que los particulares se conceptúan como simples mandatarios, sin más facultades que las designadas en la cláusula de su nombramiento.

Los albaceas universales deben inscribir á su nombre la herencia, según varias decisiones recaidas ya sobre el particular, y los albaceas fideicomisarios nombrados en una memoria cuando el alma es la instituida, deben inscribir las fincas á su nombre y entregar los legados, como deben y pueden vender en nombre de los herederos inscribiendo previamente el testamento; y puede también inscribir el titulo hereditario sin la aceptación, bajo la condición suspensiva de que esa aceptación venga dentro del término legal para la caducidad de la institución, tratándose del heredero voluntario, según la Real orden de 25 de Agosto de 1879; como de conformidad con otra Real orden de 6 de Setiembre del mismo año, cuando los albaceas estén autorizados para ejecutar la voluntad del testador con relación á determinados bienes, y facultados sean para imponer á censo los capitales prestados por dicho testador á cierta persona, pueden esos mismos albaceas convertir en censo consignativo, el derecho real de hipoteca, ó cancelar ésta para verificar lo que el testador ordenó.

Es más, los albaceas universales, según una Real orden de 17 de Enero de 1884, que autorizados estén para vender los bienes necesarios al objeto de ejecutar la voluntad del testador, pueden enagenarlos, inscribiendo antes á su nombre las fincas segregadas de la herencia ó las que la misma herencia comprenda; pero cuando los albaceas son legitimos, lo mismo que los dativos, no puede verificar venta alguna si no es en pública subasta, según se decidió en otra Real orden de 3 de Octubre del mismo año.

Lo expuesto hasta aqui, se refiere al derecho común; en cuanto al foral, también puede citarse algo reciente, puesto que en esta provincia de Barcelona hay un Tribunal de testamentos y causas pias de la Diócesis, el cuál puede nombrar albaceas y subrogar otros en lugar de los que fallecen y renuncian, para llevar á efecto la voluntad del difunto en cuanto á lo pio, de conformidad con la Constitución 1.ª, tit. 2.°, lib. 6.° volumen 2.° de las de Cataluña, leyes 28 y 46, tit. 3.° de *episcopis et clericis*, lib. 1.° del Código Justinianeo, Novela 131, cap. 2.°, según ha reconocido el Tribunal de Justicia en Sentencia de 28 de Noviembre de 1884; y en cuanto al nombramiento hecho por el Delegado de Capellanías, puede asegurarse que no es un titulo inscribible por su propia eficacia, según se resuelve en Real orden de 31 de Mayo de 1885.

Los albaceas particulares, aún que tengan facultad de vender privativamente, no pueden inscribir á su nombre los bienes á que se refiere el encargo especial, piadoso ó no piadoso, como función ordinaria de tal albaceazgo, pues según la Real orden de 14 de Julio de 1886, solo los albaceas universales son los que pueden y deben inscribir la herencia á su nombre; pues no hemos de cansarnos de repetir que es muy distinto el albaceazgo universal, en virtud del cual, el albacea tiene confiada la ejecución plena de la voluntad expontánea y libre del testador, y la distribución de todos sus bienes, del albaceazgo particular, por el cuál el albacea tiene encomendado únicamente el cumplimiento de las disposiciones referentes al alma ó algunas otras cosas particulares.



De todos modos, no debemos echar en olvido las disposiciones de la ley de enjuiciamiento civil, y especialmente su art. 966, en virtud del cuál el Juez tiene que nombrar albacea dativo, cuando no hubiera testamentario ni legitimo; lo cuál, anteriormente á la publicación de la ley de enjuiciar de 1881, ya se habia resuelto en algunas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la de 29 de Marzo de 1869.

El Proyecto de Código Civil de 1882, en su art. 914, propuso idéntico precepto, y concordancias vemos en los arts. 902 del Código de Guatemala, 927 del de Uruguay, 1271 del de Chile, 1893 del de Portugal, 3679 del de México, 3703 del de la Baja California, y 3679 del de Campeche; debiendo hacer presente que este último y el de México, se separan en este punto del de la Baja California, pues mientras éste previene que: *la ley reconoce* (entre otros) *como ejecutores testamentarios, á la persona electa por los herederos instituidos de entre ellos mismos por mayoria de votos*, los otros dos prescriben que: *si el testador haya ó no heredero forzoso, no nombra albacea, lo nombrarán los herederos por mayoría de votos*: mientras que el Código de la República Argentina, en sus arts. 3852 y 3867, preceptúa que, habiendo herederos forzosos, ó herederos instituidos en el testamento, la posesión de la herencia corresponde á los herederos, pero debe quedar en poder del albacea tanta parte de ella, cuanta fuese necesaria para pagar las deudas y los legados, si los herederos no opusiesen, respecto al cumplimiento de los legados, que con ellos van á ser perjudicados en sus legitimas; y cuando el testador no haya nombrado albacea, ó cuando el nombrado cesa en sus funciones por cualquier causa que sea, los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario; pero si no lo hicieren, los acreedores de la sucesión ú otros interesados no pueden pedir el nombramiento de albacea; correspondiendo en tal caso la ejecución de las disposiciones del testador á los herederos.

Quien ligeramente lea los comentarios hechos á los arts. 910 y 911 que de este Código nos ocupan, supondrá quizá que hay contradicción entre lo expuesto al comentar el primero y lo que exponemos en el comentario de este último articulo; pero fijándose bien, se convencerá cualquiera que no hay en realidad tal contradicción, porque este art. 911, para aplicarlo debidamente, debe estudiarse siempre en relación con el art. 910 que le precede, y según la letra y el espiritu de la ley que en uno y otro precepto se desarrollan, evidente es que solo en los casos en que termina el albaceazgo por muerte, imposibilidad, renuncia ó remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador por la ley ó por los interesados, ó por no haber aceptado el albacea el cargo, es cuando corresponderá la ejecución de la voluntad del testador á sus herederos; y coordinando estos articulos que de nuestro Código nos ocupan al presente con lo que se previene en el art. 966 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el número 3.° del 960 de dicha ley, se vé cla-

ramente que podía perfectamente haberse establecido por costumbre, como se dijo, que la ejecución de la voluntad del testador correspondièra á los herederos tal cual hoy lo determina el art. 911 de nuestro Código, sin que por ello contradiga en manera alguna el tal precepto á lo anteriormente prevenido en los arts. 960 y 966 que de la Ley de Enjuiciamiento civil acabamos de citar; pues según estas disposiciones, el Juez tendrá facultad para nombrar un albacea dativo que se encargue de disponer entierro, exequias, etc., etc., y todo cuanto se determina en el art. 966 de aquella ley, siempre que se trate de una persona que hubiere fallecido sin testar, y sin parientes de los expresados en el número 3.º del art. 960 de aquella misma ley, es decir, cuando el finado no deje descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge legítimo que viviera en su compañía; mas fuera de estos casos viene de lleno el cumplimiento de los artículos que del Código nos ocupan, y muy especialmente el del 911 que al presente comentamos; pues si con relación al precedente artículo de este Código pudieran por analogía aplicarse las disposiciones que de la Ley de Enjuiciamiento civil hemos indicado, cuando no hubiera esos parientes dentro del cuarto grado, ni cónyuge legítimo á que se refiere el número 3.º del art. 960 de la expresada ley de enjuiciar, realmente el art. 966 de la misma ley debe presumirse que se dió para prevenir los *ab intestatos* y para que, al objeto de prestar toda clase de garantías á los interesados en una herencia, pudiera el Juez nombrar un albacea dativo, siempre que no hubiera esos parientes próximos á que nos hemos referido.

CAPITULO III

De la sucesión intestada

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 912. La sucesión legítima tiene lugar:

1.º Cuando uno muere sin testamento, ó con testamento nulo, ó que haya perdido después su validéz.

2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo ó en parte de los bienes, ó no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

3.° Cuando falta la condición puesta á la institución de heredero, ó éste muere antes que el testador, ó repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.

4.° Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder.

Antes de entrar de lleno en el comentario del art. 912, primero de este capitulo, debemos decir algo del fundamento filosófico de la sucesión intestada, ya que no tratemos de demostrar la existencia de ese derecho porque está en la conciencia de todos, y por cuanto lo que claro se vé como la luz del dia no necesita demostración.

Inseparable del sentimiento de familia, esencial entre los principios de orden en el estado social de la humanidad, la ciencia jurídica no ha podido menos de reconocer el derecho á la sucesión intestada como reconoció el derecho de propiedad libre al presente, esclava del privilegio en la antiguedad, y por consiguiente que marchar no puede bajo los mismos auspicios que en los primitivos tiempos se desenvolvió perezosamente.

Relación armónica existe entre la propiedad y la familia cuyos individuos tienen y no pueden menos de tener un derecho natural preexistente á recibir con el mas puro sentimiento de entrañable afecto, por los verdaderos vínculos de la sangre, la herencia intestada de cada uno de los individuos que en la misma premueren. Ni la ocupación cabe conceptuarse como fundamento de la herencia intestada, ni mucho menos admisibles son compensaciones supuestas en la familia por los sacrificios que mutuamente se hayan impuesto para fortificar esa base de la sociedad: el deber en cambio que los padres tienen de procurar á sus hijos medios de atender á sus más apremiantes necesidades, deber que se extiende con la natural suavidad de los afectos que en la familia se crean entre todos los individuos de la misma, es hoy indudablemente un motivo fundamental de esta sucesión intestada que antes se basó sobre el elemento politico y que más tarde Justiniano modificó, atendiendo al elemento filosófico y moral que constituye en esta época el gran baluarte de las legislaciones modernas, asi es que hoy la ley al tratar de la sucesión intestada, reflexiona sobre lo que el causante de una herencia hubiere hecho si no le hubiese sorprendido la muerte sin testar, y hace y determina lo que supone que racionalmente hubiera dispuesto y determinado el que falleció sin disponer expresamente de su última voluntad.

Más en el presente Código no solamente hay que tener en cuenta los principios que acabamos de iniciar, sino los que se exponen en la base 18 de la Ley de 11 de Mayo de 1888, según la que á la sucesión intestada serán llamados en primer lugar los descendientes, porque según se sostiene en algunas regiones aforadas, el cariño fluye hacia la descendencia más que á otra rama familiar;

en segundo término á los ascendientes, por cuanto para el hombre nada debe haber tan sagrado despues de sus hijos, como aquellos que al mismo le dieron el ser; en tercer órden los hijos naturales; despues los hermanos é hijos de éstos y por último el cónyuge viudo. Segun esta misma base la sucesión intestada no pasará del sexto grado en la linea colateral; desaparece la diferencia que en nuestra antigua legislación existía entre el padre y la madre respecto de sus hijos naturales, dándoles igual derecho en la sucesión intestada del uno y del otro; y se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente explicadas y complementadas por la jurisprudencia respecto de las reservas, del derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición, y el pago de las deudas heréditarias. Más todo esto que inicia la expresada base, lugar daria á estudio detenido tal que necesario fuera dedicar más páginas de las que pueden emplearse en unos sencillos comentarios al Código civil, para el perfecto desenvolvimiento de todas aquellas teorias y para presentar con órden y método un regular estudio filosófico jurídico de todas y cada una de las teorias indicadas.

Comienza el art. 912 exponiendo cuando tiene lugar la sucesión intestada ó sea la sucesión legítima, y contiene en su primer caso aquel en que uno muere sin testamento, ó con un testamento nulo ó que haya perdido después su validez; en lo cual vemos perfecta conformidad con lo que disponia la Ley 1.ª, tít. 13, Part.ª 6.ª al definir el abintestato, que dice: *es palabra del latin que quier tanto decir en romance, como ome que muere sin testamento*, y expresa que puede ser en cuatro maneras: *la primera cuando ome muere é non face testamento. La segunda cuando face testamento non cumplido: non guardando la forma que debia ser guardada en facerlo. La tercera cuando el testador fizo testamento que se rompió por algun fijo que nació despues, del cual fijo non fizo enmiente en el testamento. O si por aventura aquel que fizo el testamento se dejó despues por fijar á otro, de manera que pasase á poder de aquel que lo porfijó. La cuarta cuando face testamento acabado, é establece el heredero en él, é aquel heredero non quiere la heredad deshechándola.*

El segundo apartado del art. 912 que comentamos envuelve hasta cierto punto una contradicción con lo anteriormente expuesto en el art. 764, acerca de que la institución de heredero por el derecho moderno no es necesaria para la subsistencia del testamento, y que la eficacia de éste, según el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro y la Novisima Recopilación, no puede menos de tenerse por valedera aunque la institución no exista ó se invalide; pero realmente, mirando con detención el contexto de dicho apartado, lo que quiere decir en nuestro concepto es que tiene lugar la sucesión legítima intestada en todo aquello de que no hubiere dispuesto el testador ó en lo relativo á las disposiciones que se hubieren anulado, lo mismo en la parte de la institución



de heredero, ó en su totalidad, ó en el legado ó manda que hubiere sido objeto de controversia. Lo que hay es que la redacción de este apartado es confusa y poco correcta, dando lugar por sus términos poco expresivos á esas dudas acerca de si se mira como contraria á la validez del testamento la falta de institución de heredero; lo cual no hubiera sucedido nunca, si en lugar de redactarse como está redactado, se hubiera dicho: *tendrá lugar la sucesión legítima ó intestada en todo aquello que no hubiere dispuesto el testador, ó cuya disposición se hubiera anulado*; pues no porque deje de instituirse heredero en un testamento, ó porque se instituya en parte y deje de instituirse en los demás bienes, ó porque se repudie la herencia, ó se declare incapaz al instituido para heredar, ha de dejar de cumplirse lo que del testamento quede valedero, pues ya digimos que según la legislación moderna cualquiera puede morir parte testado y parte intestado; y por ello si en el testamento no se contiene la institución de heredero en todo ó en parte de los bienes herenciales, ó no se dispone de todo cuanto al testador pertenece, según la Ley 1.ª, tít. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, se ejecutará lo que de aquel testamento tenga eficacia, y en cuanto á lo demás la herencia se diferirá á los parientes por la ley y prescindiendo de ese mismo testamento, ó sea *ab intestato*, y aun cuando hubiesen heredado por testamento la parte que de la legítima les correspondía, si de los demás bienes no dispusiere el testador, es evidente que habrían de acrecer proporcionalmente en aquello de que el causante no dispuso; de manera que también puede darse el caso de que uno herede por testamento una parte de los bienes de determinada persona, y perciba *ab intestato* ó por ministerio de la ley otra parte del haber herencial del mismo.

El tercer apartado se refiere á cuando falta la condición puesta á la institución de heredero, ó éste muere antes que el testador, ó repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. Respecto de este apartado, creemos también que hubiera sido innecesaria su consignación, diciendo en el precedente lo que ya dejamos indicado, esto es, que tendrá lugar la sucesión legítima intestada en la parte ó el todo que no pudiere ejecutarse el testamento, bien por no estar en condiciones el heredero ó legatario, bien por repudiación de herencia, bien bajo cualquier otro concepto, salvo los casos en que el heredero ó legatario tuviese sustitutos, ó en que tuviera lugar el derecho de acrecer.

Y viene luego el último apartado exponiendo que la sucesión legítima tiene lugar cuando el heredero instituido es incapaz de suceder; cuyo párrafo también hubiéramos suprimido nosotros, porque comprendido está en lo expresado anteriormente; pues nosotros hubiéramos reducido á dos las causas de la sucesión legítima intestada, es decir al caso en que uno muriese sin testamento, ó que éste fuere nulo y perdiere su eficacia, ó al que por cualquier circunstancia bien por muerte del heredero ó legatario, bien por incapacidad del

instituido, bien por repudiación de herencia ó por cualquier otro motivo quedase sin poder ejecutarse el testamento, ó sin disposición la totalidad ó una parte de la herencia.

El Digesto expresó ya perfectamente y en pocas palabras cuando tenia lugar la sucesión intestada, es decir, cuando por cualquier causa ó motivo fáltare la testamentaria ó sea lo que literalmente expresó la Ley 39, tit. 2.°, lib. 29 de dicho Digesto: *Quandiu potest ex testamento adiri, hæreditas ab intestato non defertur*; si bien la Instituta en su párrafo inicial, tit. 1.°, lib. 3.°, creyó conveniente exponer que la falta de testamento tenia lugar en cuatro formas, es decir: 1.ª, cuando uno muere realmente sin testar *qui aut omnino testamentum non facit*: 2.ª, si fué imperfecto ó nulo dicho testamento por falta de formalidad *aut non jure facit*: 3.ª, si válido al principio perdió luego su fuerza por agnación de un póstumo ó por la arrogación ó adopción del testador, si bien al presente hay que tener en cuenta que la adopción no produce el rompimiento del testamento válido, porque los hijos de familia pueden testar aun estando bajo la patria potestad; y 4.ª, cuando el heredero instituido repudie la herencia, en cuyo mismo caso se encuentra cuando por incapacidad no puede recibirla ó es privado de ella por indignidad.

Innumerables son las sentencias del Tribunal Supremo que sobre estos particulares recayeron, entre otras la de 27 de Septiembre de 1845, 5 de Junio de 1855, 11 de Enero de 1860, 18 de Enero de 1860, 18 de Junio del mismo año, 19 de Febrero de 1861, etc., etc.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 743, señalaba los cuatro casos que quedan consignados en este Código con motivo de la sucesión intestada, y el art. 922 del Proyecto de 1882, prescindió por completo del último caso, ó sea del en que el heredero instituido es incapaz de suceder, cuya omisión debió verificarse intencionalmente por conceptuar esta incapacidad como análoga á las causas señaladas en el número primero de este articulo.

Al estudiar este artículo debe tenerse en cuenta, tanto el art. 960 de la Ley de Enjuiciamiento civil vigente, como los arts. 658, 667, 673, 742, 745, 755, 756, 759, 763, 764, 766, 1008 y 1009 de este Código, y varias sentencias del Tribunal Supremo resolviendo los casos á que anteriormente nos hemos referido.

Concuerda con el art. 3840 del Código de México, 3571 del de la Baja California, 3840 del de Campeche, 1093 del de Veracruz-Llave; cuyos cuatro Códigos son en la esencia iguales en los arts. que señalamos como concordantes, muy especialmente el de Veracruz-Llave; pues los otros tres, en su segundo número, solamente incluyen el caso en que el testador no dispuso de todos sus bienes; así como el art. 973 del Código de Uruguay prefija preceptos iguales al que de nuestro Código comentamos, si bien bajo solo tres números, incluyendo en el tercero los dos últimos del nuestro; mientras que el art. 950 del Código de



Guatemala se concreta á preceptuar que, á falta de testamento corresponde la herencia á los herederos establecidos por dicho Código como sucesión legal; y el art. 1968 del Código de Portugal, prescribe que si falleciere una persona sin disponer de sus bienes, ó dispusiese solo en parte, ó si, habiendo dispuesto, el testamento fuere anulado ó caducare, los herederos legitimos tendrán derecho á estos bienes ó á la parte de que el testador no dispusiere.

El Código de Italia, en su art. 720, párrafo 2.°, preceptúa que no procederá la sucesión legitima sino cuando falte en todo ó en parte la testamentaria; teniendo alguna relación con el articulo que comentamos, varias disposiciones de los Códigos de Chile, Austria, Vaud, Nápoles y otros; lo cual se demuestra evidentemente sin más que leer los arts. 980 del Código de Chile y 1037 del Código de Colombia, los cuales previenen que las leyes regulan la sucesión en los bienes de que el difunto no haya dispuesto, ó si dispuso, no lo hizo conforme á derecho, ó no ha tenido efecto su disposición.

También el Código de Sajonia trata este punto en su art. 2011; prescribiendo que tendrá lugar la sucesión legitima cuando el causante no haya dispuesto por última voluntad de una manera válida, ni por contrato de herencia, ni por ningún otro modo que pueda dar realidad á dicha disposición. Pero lo extremadamente raro que observamos acerca de este punto, es que Códigos tan filosóficos como son el de Holanda, el de Bélgica y el de Francia, sobre todo éste último, del que parece tomado el Belga en su texto literal, no se hayan ocupado con más acierto y siguiendo un método más razonable y lógico de la sucesión intestada ó legitima; pues si bien se miran dichos Códigos, no hay una expresión clara en ninguno de ellos que separe la sucesión testada de la intestada ó legitima, hasta el punto de que algunos publicistas, en su deseo de hacer citas de Códigos tan importantes, pretenden ver concordancias (que nosotros encontramos muy remotas, en los arts. 730 del Código Francés y 887 del de Holanda, cuando de ser así, pudieran conceptuarse más en relación con el nuestro los arts. 731 del de Bélgica y 731 del de Francia.

Art. 913. A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia, según las reglas que se expresarán, á los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo ó viuda, y al Estado.

Conforme con lo establecido en la ley de bases, preceptúa este art. 913 que á falta de herederos testamentarios, defiere la ley la herencia á los parientes legítimos y naturales más próximos del difunto, según el orden establecido en las secciones siguientes al viudo ó viuda, y, en último caso, van los bienes á parar al Estado.

Aqui pudiera tenerse presente que se sucede *ab intestato* de tres maneras: por derecho propio, ó sea *in capita*, lo cual tiene lugar cuando siendo varios

los llamados á la herencia, cada uno entra en ella por su propia personalidad, y se divide en tantas partes cuantas son las personas que heredan: por representación, ó *in stirpe*, que es cuando los que materialmente perciben una parte de la herencia la reciben en representación de la persona que directamente hubiese heredado sino hubiese fallecido anteriormente, caminando bajo la ficción legal de que los hijos de uno se colocan en la misma situación que su padre y su madre, percibiendo lo que ellos debieran haber percibido; y por líneas, *in lineas*, que es la sucesión procedente cuando se hereda lo que corresponde por series de personas ó generaciones que se reparten el caudal heréncial con igualdad entre ambas ramas, como tiene lugar en la sucesión de los ascendientes en que hubiere abuelos paternos y maternos, entre los que la herencia del descendiente se distribuye por iguales partes; cuyos principios se desenvuelven en las prescripciones del art. 937 de este mismo Código, que parecen tomadas de la ley 4.ª, tít. 13, Part. 6.ª, y aunque de la parte foral relativa á la materia hemos de ocuparnos en su lugar correspondiente, bien puéde adelantarse aquí la idea de que el orden de suceder *ab intestato* es el que se establece en este Código, llamando primero á los descendientes, después á los ascendientes, luego á los colaterales y, por último, á los cónyuges, tanto por el derecho común como por el de Cataluña y Vizcaya, si bien el de los cónyuges es nuevo en el derecho español; y que en Aragón y Navarra el orden de suceder no es el mismo que el anteriormente indicado, pues entran en primer término los descendientes, después los colaterales, y luego los ascendientes, reconociéndose en todo el territorio al Estado como el heredero legal de todos los españoles cuando faltaren los verdaderos sucesores legítimos.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 742, y el art. 923 del Proyecto de 1882, propusieron idénticos preceptos que el consignado en el art. 913, que de nuestro Código comentamos, con relación al orden de suceder *ab intestato*; y por más que el Digesto y la Ley de Partida ya de este particular se ocuparon, no hemos de traer aquí lo que todo hombre de derecho conoce y lo que en nada auxilia el estudio de las sucesiones intestadas, pues al derecho nuevo hemos de atenernos para las decisiones, y el nuevo derecho es el que conviene conocer.

El Código Francés, como el Belga, no establecen en un sólo articulo el orden de suceder tal cual se expresa en el nuestro y en otros Códigos modernos; sino que después de prevenir el art. 723 que la ley regulará el orden de sucesión entre los herederos legítimos y que, á falta de éstos, pasan los bienes á los hijos naturales, después al cónyuge sobreviviente, y cuando no hubiere tales herederos, al Estado, viene en su art. 731 á preceptuar que sucederán en primer término los hijos y descendientes del difunto á sus ascendientes y á los colaterales, en el orden y según las reglas que luego se determinan; trata luego la sección segunda de la representación, diciendo el art. 739 que la represen-

tación es una ficción de ley al objeto de entrar los representantes en el lugar, grado y derechos de los representados; se ocupa después el art. 745 de la sucesión de los descendientes; viene en seguida el art. 746, tratando de las sucesiones de sus ascendientes; y al comenzar la quinta sección el art. 750, empieza á ocuparse de la sucesión de los colaterales, dejando luego el capítulo 4.° para las sucesiones irregulares.

El Código de Italia establece el orden de sucesión legítima, en el art. 721, que dice que la ley llama á la sucesión á los descendientes legítimos, ascendientes, colaterales, hijos naturales y al cónyuge, en el orden que establece; y en defecto de todos al patrimonio del Estado.

Concuerda también nuestro artículo 913 con el art. 3545 del Código de la República Argentina, que sigue el orden de llamar en primer lugar á la sucesión legítima, á los descendientes legítimos y naturales del difunto, en segundo término á los ascendientes legítimos y naturales, luego al cónyuge sobreviviente, y por último á los parientes dentro del sexto grado inclusive, y cuando no hubiere sucesores legítimos corresponden los bienes al Estado general ó provincial.

El órden que establece el Código de Veracruz-Llave en su art. 1092, es distinto de los anteriores toda vez que llama en primer lugar á los herederos forzosos en el órden establecido en el cap. 6.° del tit. 1.°, lib. 3.° de dicho Código; en segundo lugar á los parientes colaterales dentro del octavo grado; y en tercer lugar el Fisco del Estado ó el Federal, según la pertenencia y ubicación de los bienes.

El Código de Portugal en su art. 1969, señala el órden de suceder presentando en primer lugar á los descendientes, despues á los ascendientes, salvo el caso del art. 1236 de dicho Código, es decir cuando hubiere hijos de varios matrimonios y hermanos germanos de aquel hijo fallecido á quienes corresponderá la posesión de los bienes si bien la mera propiedad será del padre ó la madre; en tercer lugar, á los hermanos y sus descendientes; en cuarto al cónyuge sobreviviente; en quinto á los colaterales que no sean hermanos y sus descendientes hasta el décimo grado; y por último al Estado.

El art. 966 del Código de Uruguay, previene que son llamados á la sucesión intestada, los parientes legítimos y naturales del difunto, los hijos adoptivos ó padres adoptantes, el cónyuge sobreviviente y el Estado.

El Código de Guatemala en sus arts. 951 y 953 determina que los hijos y descendientes, son los primeros llamados á la sucesión; que los hijos heredan por cabezas ó sea por derecho propio y por iguales partes; que los demás descendientes heredan por estirpes ó sea por la parte que correspondería al hijo á quien representan; que no habiendo herederos forzosos en la línea de descendientes heredan los ascendientes; que en defecto de descendientes y ascendientes, hereda el cónyuge del intestado, y no habiendo cónyuge los demás parientes hasta el cuarto grado.

Los Códigos de México y Campeche en sus arts. 3841 y el de la Baja California en su art. 3575, determinan que la sucesión legitima se concede: 1.° á los descendientes, ascendientes y al cónyuge que sobrevive, con exclusión de los colaterales y del fisco; 2.° faltando descendientes y ascendientes, á los hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos y al cónyuge que sobrevive con exclusión de los demás colaterales y del fisco; 3.° faltando hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos, al cónyuge que sobrevive aun que haya otros colaterales; 4.° faltando descendientes, ascendientes, hermanos y cónyuge á los demás colaterales dentro del octavo grado, con exclusión del fisco; 5.° faltando colaterales, al fisco: viéndose preceptos análogos en los Códigos de Austria, Chile y otros.

Art. 914. Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente á la sucesión intestada.

Preceptúa este articulo que lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento sea aplicable igualmente á la sucesión intestada, y con tal motivo no tendríamos nosotros otra cosa que hacer que referirnos á lo que expusimos al comentar el art. 745 de este mismo Código, en el que se determina quienes son incapaces para suceder; en el 755 en el que se prescribe la nulidad de la disposición testamentaria á favor de un incapaz; y en el 756 de este mismo Código en el que se prefija quienes son incapaces para suceder por causa de indignidad: pero nosotros debemos exponer que las mismas razones que existen para declarar la incapacidád para suceder por testamento, no pueden ménos de existir para la sucesión intestada.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 745, como el Proyecto de 1882 én su art. 924, proponian preceptos análogos: encontrándose concordancias en los arts. 725 y 727 del Código Francés, 923 al 928 del Código de Italia, 725 y 727 del Código de Belgica, 1978 y 1979 del Código de Portugal, 974 del de Uruguay, 3289 del Código de la República Argentina, y 1095 del de Veracruz-Llave; como tambien se encuentran preceptos análogos en los Códigos de Luisiana, Chile, Nápoles, Vaud, Austria y otros.

SECCIÓN SEGUNDA

DEL PARENTESCO

Art. 915. La proximidad del parentesco se determina por el nùmero de generaciones. Cada generación forma un grado.

Esta sección segunda se dedica á tratar del parentesco, y sin que nosotros podamos detenernos á hacer un estudio extenso del mismo, hemos de decir si

que el parentesco puede ser de consanguinidad, natural, de afinidad, espiritual y civil; conceptuando que el de consaguinidad consiste en descender de un tronco común legitimo; la naturalidad, en la procedencia de una unión ilícita; la afinidad, es el parentesco que existe entre el cónyuge y los parientes del otro; el parentesco espiritual, es el que nace por el bautismo entre el bautizado y sus padrinos; y el civil, el que reconoce por origen la adopción y tiene lugar solamente entre el adoptante, los parientes de éste, en la linea recta, y el adoptado.

Entre el parentesco de consanguinidad y el natural, existen lineas que corresponden á cada una de las generaciones correspondientes á los emparentados; y esas lineas se componen de grados, siendo cada uno de estos la distancia que separa los parientes entre si del tronco común, ó cada una de las generaciones que median entre dicho tronco y los parientes á que se refiere el grado.

El parentesco que reconoce como origen la familia, los vinculos de la sangre, y los efectos más imperecederos de la humanidad, es el verdadero fundamento en que descansa el sistema de sucesiones intestadas; por lo cual todos los Códigos modernos se han ocupado de él, bien al tratar del matrimonio, haciendo extensivos los principios sobre el mismo expuestos alli á todas las esferas del derecho, bien al tratar de la sucesión testada, preceptuando reglas que como comunes deben tenerse para aquella y para la sucesión intestada. Y el parentesco que sirve de base y que estudiarse debe como punto de mira de todos los demás, no sólo para las sucesiones en general, sino para todas las relaciones sociales, es el de consanguinidad, porque procede de la generación, porque es el que determina de modo mejor y conforme á las leyes canónicas y civiles, el vinculo de la afección más sincera y pura; el establecimiento y armonía de la familia; el entrañable afecto más general y duradero; pues parece que la propia naturaleza hace que entre parientes de la misma sangre exista ordinariamente un sentimiento tan natural de afección, un tan vivo interés, y una tan expontánea y casi inconsciente aproximación entre ellos, que la misma naturaleza los genera en sus manifestaciones del orden moral, como en las relaciones del orden fisico, de un modo tan elevado y original, que sin darse cuenta los mismos que unidos están por estrechos y próximos lazos de parentesco, se acercan y unen por afectos de diferente indole, tendiendo á la fatalidad y hasta al apasionamiento, salvo en rarisimos casos en que el afecto que unió ciertos seres, se convierte en una mezcla de odiosidad y recuerdo que no se explica mas que por acontecimientos que han herido el sentimiento de dignidad de aquellos familiares entre los que se ha cruzado consciente ó inconscientemente un abuso.

Dice nuestro Código, y dice con razón, que la proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones, y evidente es que cuantas más

generaciones medien entre la persona de que se trata y el tronco común, menos aproximación habrá en el parentesco; y viceversa, cuanto menor sea el número de generaciones, la proximidad del parentesco será mayor; así es que usando verdaderos términos matemáticos, podria decirse que la proximidad del parentesco se halla en relacion inversa del mayor número de generaciones que medien entre las personas de cuyo parentesco se trate, y la distancia que hay entre generación y generación, es lo que determinará la unidad numérica llamada grado.

Todo esto tratado se vió en algunas leyes del Digesto, y del Derecho Romano parece lo tomaron nuestras leyes de Partida, de las cuales las leyes 1.ª y 3.ª, tit. 6.º, Part. 4.ª, definieron el parentesco y el grado, y si bien la Ley 2.ª. tit. 13, Part. 6.ª, confundió hasta cierto punto los grados con las lineas, la Ley 2.ª, titulo 6.º, Part. 4.ª, dá una idea más clara acerca de esta teoria consignando en un árbol genealógico los grados y las lineas que con mayor frecuencia pueden presentarse, y definiendo la línea como una serie de personas que descienden de un tronco común, según lo habia hecho Heineccio, estableciendo también que es como una cadena cuyos grados se comparan con los eslabones de la misma.

Más del mismo modo que los Códigos modernos se ocupan de que el parentesco es de consanguinidad, natural, de afinidad, espiritual y civil, ocupáronse las leyes de Partida de esas clases de parentesco, espresando la Ley 1.ª, tit. 6.º, Part.ª 4.ª, que el de consanguinidad es el vinculo entre personas que descienden de un tronco común legitimo; el natural es el que procede de las personas que descienden del mismo tronco, pero de union ilicita; mientras que la Ley 5.ª tit. 6.º, Part.ª 4.ª, define el de consanguinidad diciendo que es el parentesco que contrae un cónyuge con los parientes consanguineos del otro; asi como el parentesco civil era el que procedia de la adopción, y lo contraian, primero los que se hallaban en linea recta del adoptante y del adoptado, aun despues de disuelta la adopción; segundo, los hijos naturales del adoptante y adoptado mientras dure la adopción; tercero, entre el adoptante y la mujer del adoptado y entre éste y la mujer de aquel aun disuelta la adopción, según las Leyes 7.ª y 8.ª, tit. 7.º, Part.ª 4.ª, de lo cual tambien se ocupó el Fuero Juzgo.

El parentesco espiritual no sólo lo estableció el Concilio Tridentino, sino que lo reconocieron las Leyes 1.ª y 2.ª, tit. 7.º, Part.ª 4.ª, esponiendo que es el que proviene de los Sacramentos del Bautismo ó de la Confirmación, y lo contraen el padrino y el ministro del Sacramento con el bautizado ó confirmado y con los padres de éste.

Concuerda con los arts. 735 del Código de Francia, 1973 del Código de Portugal, 962 del de Guatemala, 975 y 977 del Código de Uruguay, 1096 del de Veracruz-Llave, 346 del de la República Argentina, 735 del Código de Bélgica, 181 y 184 del Código de la Baja California, 190 y 193 del Código de México, 185 y 188

del Código de Campeche, 656 del de Nápoles, 346 del de Holanda y el 917 del Sardo.

Art. 916. La serie de grados forma la línea, que puede ser directa ó colateral.

Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra.

Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

Poco ó nada puede decirse acerca del artículo que acaba de consignarse, puesto que en el mismo se define lo que es linea y lo que significa la linea directa y la colateral, y siendo suficientemente clara la redacción de este artículo para dar á entender á cualquiera lo que la linea significa y las diferencias que hay entre la directa y la colateral, nada más debemos exponer pues sobre ser ofensivo para el lector cuanto tienda á una mayor esplicación, quizá los razonamientos que condujesen á la demostracion de ésta, servirian para introducir una confusión de la que huir se debe en todo comentario.

Sabiendo como sabemos que linea es una série de personas que descienden de un mismo origen, conociendo que la linea directa ó recta es la que se refiere á personas que provienen las unas de las otras, y colateral ó transversal aquella en que están comprendidas personas, que, sin descender la una de la otra, proceden de un mismo tronco ú origen, comprendiendo perfectamente que la linea colateral puede ser igual y desigual, entendiéndose por iguales aquellas en que están colocados dos parientes en grado equidistante del tronco común, y desiguales aquellas en que un pariente está más próximo que el otro á ese mismo tronco común; sin más que esto, tenemos bastante para desenvolver con relación al parentesco los principios anteriormente sentados acerca de la sucesión intestada.

Ya las Leyes 2.ª y 3.ª, título 6.°, Part. 4.ª y la 2.ª, tit. 13, Part. 6.ª, se ocupaban de este mismo asunto, y los Proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus respectivos arts. 747 y 926, propusieron preceptos análogos, y concordancias vemos en el art. 735 y primer párrafo del 736 del Código de Francia, en el 347 del Código de la República Argentina, 1974 del de Portugal, 963 al 965 del de Guatemala, 977 del de Uruguay, 185 del de la Baja California, 521 del de Vaud, 887 del de Luisiana, 346 al 349 del de Holanda, 735 y 736 del de Bélgica, 194 del de México, 189 del de Campeche, 1097 del de Veracruz-Llave, 41 del de Colombia, 27 del de Chile, 656 al 658 del de Nápoles, 917 al 921 del Sardo y otros.

Art. 917. Se distingue la línea recta en descendiente y ascendiente.

La primera une al cabeza de familia con los que descienden de él.

La segunda liga á una persona con aquellos de quienes desciende.

Sabido es de todos que la linea recta puede ser ascendente ó descendente, y que esta se refiere á aquella que une al cabeza de familia con los que del mismo descienden, ó sea con los séres que genera, mientras que la linea ascendente es la que pone en relación á la persona de que se trata con aquéllos á quienes debe el ser: de manera que la linea recta se llama ascendente ó descendente, según que, la persona de que se trata mire á su origen ó atienda á su generación sucesiva.

Algunas leyes del Digesto, y la Ley 2.ª, tit. 13, Part. 6.ª, pueden considerarse como precedentes de las prescripciones que acabamos de consignar; concordando con lo expuesto, no sólo lo que propuso el Proyecto de 1882, en su articulo 927, sino también lo que determina el art. 736 del Código de Francia en sus dos últimos párrafos, los arts. 349 al 351 del de la República Argentina, el 1975 del de Portugal, el 977 del de Uruguay en sus apartados 4.º y 5.º, el 348 del de Holanda, el 964 del de Guatemala, el 522 del de Vaud, el 888 del de Luisiana, el 195 del de México, el 190 del de Campeche, el 186 del de la Baja California, el 47 del de Colombia, el 736 del Belga y otros.

Art. 918. En las lineas se cuentan tantos grados como generaciones ó como personas, descontando la del progenitor.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre ó madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante.

Precepto es este que no necesita comentario, pues se expresa de tal manera en este artículo el modo de contar los grados y la manera de tratar las lineas, que no cabe contra lo expuesto por este Código sobre el particular, argumentación alguna que cambie la esencia del mismo precepto. Es sabido que los grados de parentesco se computan civil y canonicamente; que en la linea recta, la computación civil y la canónica son idénticas en sus efectos; aun cuando la civil cuenta las generaciones ó grados á escepción del progenitor, y la canónica se refiere á todas las personas ménos una; y esto es obvio, porque como en la linea recta hay tantas generaciones, como personas menos la del

progenitor, que no puede contarse á sí mismo, de aquí el que siendo este el punto de partida, lo mismo en la computación civil que en la canónica, todas las personas menos una, contadas en la computación conónica, y todos los grados ó generaciones menos el progenitor, contados en el civil, tenian que dar siempre el mismo resultado: por ello, el nieto que dista dos grados del abuelo en la computación civil, en razón á ser dos las generaciones que le separan; en la computación canónica dista otros dos grados, por cuanto siendo tres las personas del padre, el hijo y el nieto, y descontándose una de ellas, según la regla antes establecida, no puede menos de dar el resultado de segundo grado de computación canónica. Mas esto no puede suceder en la linea colateral ó transversal, porque como la computación civil se hace contando ambos lados, y en la computación canónica sólo se cuenta uno de ellos, el más largo cuando son desiguales, de aquí el que tenga que resultar necesariamente con mayor extensión la computación civil en la linea transversal ó colateral, que la computación canónica; así es que dos primos hermanos, ó carnales como llaman vulgarmente en algunas regiones aforadas, que están comprendidos en lineas colaterales iguales, distan para la computación civil, cuatro grados, porque se cuentan los dos grados de cada una de las lineas que los separan del tronco; mientras que por la computación canónica serán parientes dentro del segundo grado, porque contándose tan sólo uno de sus lados, son solas tres personas las que les separan del tronco, y como debe deducirse una de ellas por este sistema, de ahi el que sólo sean dos grados los que les separen; y si se tratase de un tio carnal, en cuyo parentesco debe tenerse en cuenta la desigualdad de lineas bajo las que se ostentan tio y sobrino, bajo la computación civil se conceptuaria que los separaban tres grados, porque se cuentan ambos grados hasta el tronco, pero siempre descontando una generación, mientras que en la computación canónica sólo serian dos grados, por cuanto se cuenta únicamente el más largo de los lados, y como del sobrino al tronco, que es el lado más largo, hay tres personas, descontándose una, como se descuenta siempre en esta clase de computación canónica, resultan ante ella dos grados entre el tio carnal y su sobrino.

Hechas estas explicaciones que creemos hasta superabundantes, y que sentiríamos lastimasen el buen criterio de nuestros lectores, no hemos de decir, con relación á este articulo, otra cosa sino que se ven precedentes de cuanto dejamos expuesto, en las leyes 2.ª y 3.ª, tit. 6.º de la Part. 4.ª; que tanto en el art. 749 del Proyecto de 1851 como en el 928 del Proyecto de 1882, se propusieron preceptos análogos; y ¿que concordancias vemos entre el art. 918 que de nuestro Código comentamos, y los arts. 737 y 738 del Código de Francia, 1976 y 1977 del de Portugal, 737 y 738 del de Bélgica, 978 del de Uruguay, que es exactamente igual al 1099 del Código de Veracruz-Llave, si bien éste limita su contenido á los cuatro primeros apartados del de Uruguay, el cuál se extiende á

un quinto apartado, que equivale al art. 919 de nuestro Código; tratando tambien de ésto los arts. 966 y 967 del Código de Guatemala, 349 del de Holanda, 37 y 46 del de Colómbia, 27 del de Chile, 227 del de Vaud, 196 y 197 del de México, 187 y 188 del de la Baja California, 191 y 192 del de Campeche, 352 y 353 del de la República Argentina, previniéndose en los artículos citados de este último que en la linea ascendente y descendente, hay tantos grados como generaciones; así es que en la linea descendente el hijo está en primer grado, el nieto en el segundo, el biznieto en el tercero; y en la linea ascendente el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, y el bisabuelo en el tercero. En la linea lateral, los grados se cuentan generalmente por generaciones, remontándose desde las personas cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común, y descendiendo desde éste al otro pariente: así es que dos hermanos están en el segundo grado, el tio y el sobrino en el tercero, los primos hermanos en el cuarto, los hijos de primos hermanos en el sexto, los nietos de primos hermanos en el octavo, y así sucesivamente; en lo cual tiene gran parecido con la redacción de los artículos citados de los Códigos Francés y Belga.

Los preceptos que como concordantes hemos citado de los Códigos de Uruguay y Veracruz-Llave, expresan que en todas las líneas hay tantos grados cuantas son las personas, descontada la del tronco. En la línea recta se sube únicamente hasta el tronco: así el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo, tres del bisabuelo. En la colateral ú oblicua se sube hasta el tronco común, y después se baja hasta la persona con quien se quiere hacer la computación; de esa suerte el hermano dista dos grados del hermano, tres del tio, cuatro del primo hermano, y así en adelante; mientras que las prescripciones que entrañan los Códigos de Portugal, México, Baja California y Campeche, expresan que en la linea recta los grados se cuentan por el número de generaciones ó por el de las personas, excluyendo al progenitor; y en la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las lineas y descendiendo por la otra, ó por el número de personas que hay de uno á otro de los extremos que se consideran, exceptuando la del progenitor ó tronco común. De manera que si se examinan la mayor parte de los Códigos modernos con alguna atención, vemos que en muchos son idénticos los principios que informan en esta materia, y que los demás guardan tal analogía, que hacen comprender á cualquiera que en la cuestión de grados y lineas de parentesco son generalmente admitidos los mismos principios, se definen de la misma manera los grados, se admiten lineas recta y colateral, y se expone lo que universalmente está concebido en la conciencia de todo aquel que con recto y regular criterio discurra.

No obstante lo expuesto y para facilitar más su comprensión, estampamos el siguiente arbol de consanguinidad

ARBOL DE CONSAGUINIDAD.

				4.° Tatar-abuelo IV	4.° Tatar-abuela IV				
			4.° Hermanos del Bisabuelo V	3.° Bisabuelo III	3.° Bisabuela III	4.° Hermanos de la Bisabuela V			
		4.° Hijos de Hermanos de Bisabuelo VI	3.° Hermanos del Abuelo IV	2.° Abuelo II	2.° Abuela II	3.° Hermanos de la Abuela IV	4.° Hijos de Hermanos de la Bisabuela VI		
	4.° Nietos de Hermanos del Bisabuelo VII	3.° Hijos de Hermanos del Abuelo V	2.° Hermano del Padre III	1.° Padre I	1.° Madre I	2.° Hermano de la Madre III	3.° Hijos de Hermanos de la Abuela V	4.° Nietos de Hermanos de la Bisabuela VII	
4.° Biznietos de Hermanos del Bisabuelo VIII	3.° Nietos de Hermanos del Abuelo VI	2.° Hijos de Hermanos del Padre IV	1.° Hermano II			1.° Hermana II	2.° Hijos de Hermanos de la Madre IV	3.° Nietos de Hermanos de la Abuela VI	4.° Biznietos de Hermanos de la Bisabuela VIII
4.° Biznietos de Hermanos de Abuelo VII	3.° Nietos de hermanos de padre V	2.° Hijos de Hermano III		1.° Hijo I	1.° Hija I		2.° Hijos de Hermana III	3.° Nietos de Hermanos de madre V	4.° Biznietos de Hermanos de Abuela VII
4.° Biznietos de Hermanos de Padre VI	3.° Nietos de Hermano IV			2.° Nieto II	2.° Nieta II			3.° Nietos de Hermana IV	4.° Biznietos de Hermanos de madre VI
4.° Biznietos de Hermana V				3.° Biznieto III	3.° Bisnieta III				4.° Biznietos de Hermana V
				4.° Tatara-nieto IV	4.° Tatara-nieta IV				

Art. 919. La computación de que trata el artículo anterior rige en todas las materias, excepto las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio canónico.

Sabido es de todos que la computación civil se observaba en los asuntos puramente civiles, y que la canónica se limitaba á las cuestiones del matrimonio eclesiástico: pues bien, hoy, por el precepto de este articulo que comentamos, la computación civil de que se trata en el artículo anterior es la que rige en todas las materias, excepto en lo que tenga relación con los impedimentos del matrimonio canónico. De modo que ahora, tanto por el precepto de este artículo, como por el establecimiento del matrimonio civil, la computación canónica es de aplicación mucho más limitada que con anterioridad á la Ley de 18 de Junio de 1870.

Disposición era aquélla tan general en España, que hasta en las provincias aforadas se habia venido observando, por prescripción expresa del art 2.º de la Ley de 16 de Mayo de 1835, la computación civil para lo exclusivamente civil, y la canónica para el matrimonio; si bien en todas épocas no se ha usado de igual manera, pues mientras así lo ordenaron también las Leyes 2.ª, tit. 1.º; 1.ª tit. 2.º; 1.ª tit 5.º del lib. 3.º, y otras varias leyes del lib. 4.º del Fuero Juzgo, las de éste hicieron extensiva la computación civil al matrimonio; en tanto que la Ley 7.ª, tit. 1.º, lib. 3.º del Fuero Real redujo dicha computación civil á los actos no matrimoniales ó puramente civiles, conteniendo la misma disposición las Partidas en distintas leyes, muy especialmente en las de los diez primeros títulos de la Partida 4.ª; lo cual no tiene nada de extraño por cuanto en el Fuero Juzgo se le dió carácter civil al matrimonio, mientras que en las leyes posteriores antes citadas volvió á tener carácter puramente canónico tan elevada institución.

Los Proyectos de Código civil de 1851 y 1882 respectivamente en sus artículos 750 y 929 contenían análogas disposiciones á la del articulo que nos ocupa, que así mismo tiene verdaderas concordancias con el párrafo último del art. 978 del Código de Uruguay; mientras que el de Guatemala en su art. 988, preceptúa que no habrá modo de computar los grados sino el anteriormente establecido en los articulos ya citados de dicho Código sin que nada digan respecto al particular, la mayoría de los demás Códigos modernos por admitir solamente la forma de computación establecida en los respectivos Códigos para todos los efectos legales.

Art. 920. Llámase doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente.

La misma palabra expresa lo que significa el doble vinculo, así es que los hermanos germanos ó de padre y madre son los que realmente disfrutan de

tal caracter y por ese doble vinculo que les caracteriza son preferidos á los demás, cuya preferencia quedó ya consignada en la Novela 118 de Justiniano de donde parece haberse tomado por Alfonso el sabio para llevar su espiritu al precepto de la Ley 4.ª, tit. 13, Part.ª 6.ª, sin que por esto dejasen también de ocuparse del doble vinculo la Ley 5.ª del mismo titulo y Partida, las Leyes de los tits. 2.° y 5.° del lib. 4.° del Fuero Juzgo, y las Leyes 1.ª y 12 tit. 6.° lib. 3.° del Fuero Real, en las que solo á los hermanos de doble vinculo se daban ciertas preferencias.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 759, propuso un precepto análogo, si bien extendiendo á los sobrinos y descendientes de éstos, esa preeminencia que el doble vinculo dá al parentesco, é igual criterio predominaba en cuanto propuso el art. 930 del Proyecto de 1882, más hemos de significar que en la antigua legislación mientras las leyes de Partida establecieron de acuerdo con las Novelas de Justiniano esa preeminencia del doble vinculo entre hermanos y sobrinos para los efectos de la sucesión, el Fuero Juzgo y el Fuero Real limitaban la preeminencia del doble vinculo á los hermanos germanos y por ello presentándose como mediadores de tales diferencias entre aquellas leyes la Ley 7.ª y la Ley 8.ª de Toro, establecieron un término medio concediendo preeminencia á los hermanos y á los sobrinos de doble vinculo al objeto de que percibiesen doble porción que los hermanos y sobrinos de vinculo sencillo, admitiendo con este criterio la concurrencia de unos y otros en la sucesión intestada, mientras que aun cuando guarda cierta analogia con aquella proposición tambien citada del último Proyecto, difieren en concepto nuestro en cuanto á la extensión del doble vinculo, pues atendiendo al mismo como al precepto que comentamos y al contenido del art. 949 con el que está en perfecta relación, el doble vinculo no puede tener lugar en estricto rigor de derecho, y según el verdadero tecnicismo de la palabra, más que entre hermanos germanos.

Concordancias vemos en varios Códigos extranjeros entre ellos los de Francia, Vaud, Luisiana, Uruguay, Bélgica, Chile, Guatemala, México, Veracruz Llave, Baja California, República Argentina, Italia y otros; pero hay unos que no distinguen entre hermanos germanos y de vinculo sencillo como sucede con el de Uruguay en su art. 983; otros como el de la República Argenti na que demostrando un carácter especial hace que el hermano de padre y madre excluya en la sucesión del hermano difunto al medio hermano, ó que sólo lo es de padre ó de madre; tal se vé en su art. 3586: otros como el de Nápoles Luisiana y Vaud no reconocen preferencia en la sucesión por el doble vinculo; otros como el de Prusia que reconocen esa preeminencia á los hermanos y sus descendientes para excluir á los medio hermanos; otros como el de Baviera que admiten el doble vinculo en las mismas personas y con los mismos efectos que tenian en nuestra patria en virtud de la Novela 118 y de las Leyes 5.ª y 7.ª,

tit. 13, Part.ª 6.ª; y otros como los arts. 1111 del Código de Veracruz-Llave, 741 del de Italia en su párrafo segundo, 990 del de Chile, 955 y 956 del de Guatemala, 3877 del de México, 3877 del de Campeche, y 3620 del de la Baja California, previenen que si concurren hermanos enteros con medios hermanos, aquellos heredarán doble porción que éstos; siendo igual al nuestro el citado artículo de Veracruz-Llave, y disponiéndose en los expresados artículos del Código de Guatemala, que si muere una persona que tiene hermanos enteros y medio hermanos, se observará en la sucesión legal el órden siguiente: 1.º Los bienes que el difunto deje habidos por parte de padre, se partirán tan sólo entre los hermanos de padre. 2.º Los bienes habidos por parte de madre, se partirán entre los hermanos uterinos. 3.º Los demás bienes se partirán con igualdad entre todos los hermanos, y luego el artículo siguiente ó sea el art. 956 de aquel Código preceptúa que si no fuese posible averiguar cuales sean los bienes paternos y cuales los maternos, los hermanos enteros heredarán las dos terceras partes de la herencia, y los medio hermanos una tercera parte, lo cual equivale á lo que previenen los Códigos de México, Campeche y Baja California, al mandar que los hermanos enteros hereden doble porción que los medio hermanos.

Pero hay que tener en cuenta algo relativo á lo que previenen los Códigos de Francia y de Bélgica en sus arts. 733, puesto que ambos convienen en el articulado y en su redacción, ya que algunos publicistas aseguran que dichos Códigos conceptúan enteramente iguales á los parientes de doble vínculo y á los de vínculo sencillo. Esto no es exacto, pues dichos preceptos determinan que la herencia perteneciente á ascendientes ó colaterales, se dividirá en dos partes iguales; una para los parientes de la línea paterna, y otra para los de la línea materna; que los parientes uterinos ó consanguíneos no serán excluidos por los carnales, pero no tomarán parte más que en su línea, excepto en los casos previstos en el art. 752, mientras los parientes carnales heredarán en las dos líneas. Lo cual quiere decir sencillamente que, reconociéndose el principio de la troncalidad ó más bien la completa igualdad entre ambas líneas, las herencias que pertenecen á nuestros ascendientes ó á nuestrós colaterales, deberian dividirse según aquellas disposiciones en dos partes, la una para la línea paterna y la otra para la materna; y que no excluyendo los hermanos carnales germanos, ó de doble vínculo, como quiera llamárseles, á los hermanos uterinos ó de madre, ni á los hermanos consanguíneos ó de padre, éstos heredarán sólo en una línea; es decir, los uterinos de la materna, y los consanguíneos de la paterna; mientras que los hermanos carnales ó sean los germanos, ó de doble vínculo, heredarán de las dos líneas, porque admitido el derecho de heredar, igual lo tienen para suceder á los bienes de su padre que á los de su madre, mientras que los otros no tienen otro derecho que el de suceder á aquella persona de quien descienden; lo cual estos Códigos hacen extensivo á los demás parientes que se encuentren en iguales condiciones; mas esta regla ge-

neral, sentada en los artículos que acabamos de citar, tiene su excepción en cuanto á los demás parientes, pero apoya lo aquí determinado con la prescripción del art. 752, relativa á los hermanos en beneficio del doble vínculo, pues en ellos se preceptúa que la partición de la mitad ó de las tres cuartas partes que correspondan á los hermanos, deberá hacerse por iguales partes si proceden del mismo matrimonio, y si son de matrimonio diferente la división se hará por mitad entre las dos líneas paterna y materna del difunto: figurando en ambas líneas los hermanos carnales, y los uterinos y los consanguíneos cada uno en la suya; pero si no hubiere hermanos más que de una sola línea, aquellos adquirirán íntegra la herencia, con exclusión de los demás parientes de la otra; de manera que esto corrobora lo expuesto en los anteriores artículos citados y demuestra perfectamente que tanto el Código Francés como el Belga, hacen las diferencias procedentes entre los hermanos germanos ó de doble vínculo y los medio hermanos ó de vínculo sencillo.

Art. 921. En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar.

Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo lo que se dispone en el art. 949 sobre el doble vínculo.

Relativamente al artículo que acaba de consignarse poco ó nada se puede decir, toda vez que es un precepto claro y terminante que conforme está con la equidad y la justicia, pues nada más lógico parece, que en las herencias el pariente más próximo excluya al más remoto, á no ser que éste concurra en representación de su causante, siempre que la persona á quien represente se hallare á igual altura ó grado que el que por derecho propio ó *in capita*, con la representación ó extirpe concurriere á la sucesión.

Es también claro é inconcuso que los parientes que se hallen dentro un mismo grado hereden por partes iguales, sin que pueda caber otra excepción que la del doble vínculo á que se refiere el art. 919 de este mismo Código de que más adelante nos ocuparemos.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 751, como el art. 931 del Proyecto de 1882, propusieron idénticas prescripciones; y precedentes vemos, tanto en la Novela 118 antes citada, como en las Leyes 4.ª y 10, tít. 2, lib. 4.º del Fuero Juzgo, en la Ley 1.ª, tít. 6.º, lib. 5.º del Fuero Real, y en las Leyes 3.ª y 6.ª, título 13, Part. 6.ª; teniendo bastante relación el precepto que nos ocupa con los arts. 751, 924 y 929 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 733 y 734 del Código de Francia, 1970 y 1971 del Código de Portugal, 733 y 734 del Código de Bélgica, 3546 del Código de la Repúbli-

ca Argentina, 538 del de Vaud, 897 del de Holanda, 3846 y 3847 del de México, 3846 y 3847 del de Campeche, 1100 del de Veracruz-Llave, 3577 y 3578 del de la Baja California y otros.

En Aragón la sucesión intestada de los consanguíneos se extiende indefinidamente, prefiriendo los más próximos de aquella parte de donde los bienes proceden. Iguales disposiciones se encuentran en la legislación catalana y la navarra; si bien en cuanto se refiere á los bienes patrimoniales y troncales se atiende en Navarra á la procedencia de esos mismos bienes, como en los de abolorio, que son entre los navarros los del abuelo que sobrevive al hijo.

Pero no hemos de extendernos más sobre esto porque hemos de ocuparnos detenidamente de todo ello al tratar de la sucesión intestada ante el derecho foral.

Art. 922. Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno ó algunos no quisieren ó no pudieren suceder, su parte acrecerá á los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar.

Cuando concurren parientes del mismo grado á unas herencias, hemos dicho ya que perciben por igual la parte correspondiente de los bienes herenciales; pero si alguno de ellos no quisiere ó no pudiere suceder, la parte que al renunciante ó incapaz correspondiere, acrecerá entre los del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar; pues ya dijimos algunos de los casos en que el padre pierde su derecho á heredar, pero lo adquieren los hijos, aunque sin darle la administración ni el usufructo jamás de aquellos bienes al que se hizo incapaz de recibirlos como herencia de sus causantes. Tal sucede en la incapacidad por indignidad.

En lo esencial era igual lo propuesto en el art. 752 del Proyecto de 1851; y hoy el artículo que de nuestro Código nos ocupa parece una copia del art. 992 del Proyecto de 1882.

La herencia repudiada, según el antiguo derecho romano, la adquiría el Fisco; mas el Digesto echó por tierra tales teorías, ordenando que acreciase á los demás herederos.

En relación, el art. 922 que comentamos, con los arts. 924 al 929, 981, y 984 al 986 de este mismo Código, concuerda con el art. 1972 del de Portugal, y es idéntico á los arts. 3848 del Código de México, 3579 del de la Baja California y 3848 del de Campeche.

Art. 923. Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, ó, si fueren varios, todos los parientes más próximos, llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante.

No tiene tampoco duda que cuando uno repudia la herencia, cuando único era llamado á heredar, ó cuando siendo varios los herederos todos la repudian son llamados por la ley á la sucesión los parientes que le suceden en grado por derecho propio, y sin que representación quepa del repudiante ó repudiantes. Y esto que el Código previene respecto de los grados, entenderse debe con relación á las lineas; pues es indudable que, dado el principio que el legislador aqui ha querido sostener, que sentada la base de la mayor proximidad de parentesco para la preferencia en la sucesión, cuando los más próximos legítimos herederos repudien la herencia, les sustituyan ó entren por derecho propio á heredar los que le sigan en proximidad de parentesco.

Los Proyectos de 1851 y 1882, en sus respectivos arts. 752 y 933, propusieron preceptos análogos; y en relación perfecta con los arts. 1008 y 1009 de este mismo Código, el 923 que comentamos, concuerda con el art. 1972 del de Portugal, con el 3849 del de México, con el 3580 del de la Baja California y con el 3849 del de Campeche, que en la esencia son idénticos al nuestro, especialmente estos tres últimos.

SECCIÓN TERCERA

DE LA REPRESENTACIÓN

Art. 924. Llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera ó hubiera podido heredar.

La representación que en nuestro Código como en el de México, Campeche y la Baja California, es considerada como un derecho, en los Códigos de Francia, Bélgica, Veracruz-Llave, y otras naciones, conceptuada está como una ficción legal cuyo efecto es hacer entrar á los representantes en el lugar, grado, y derecho de los representados; substituir una persona por otra, subsituir una persona por la generación que representa. Y en efecto, la ficción legal á que se refieren aquellos Códigos, la ficción legal que siempre hemos considerado como fundamento de cierta manera de entrar en la sucesión, sólo como tal puede admitirse en las condiciones en que entra el representante de uno á la herencia de otro, pues no concurre á ella en virtud de derecho propio, sino suponiendo la existencia de uno ya fallecido cuyos derechos á él hubieran de corresponderle; y tanto es así, que en la representación haber puede más de uno, y sin embargo, no perciben todos ellos más que una sola parte igual á la que hubiera percibido su representado, lo cual demuestra que sólo en virtud de

una ficción legal, de la ficción de la existencia del que verdaderamente derecho tenía á la sucesión, y del apoderamiento ó mandato de aquél, vienen sus hijos á heredar en su representación á su causante.

Ya dijimos, al comentar el art. 913 de este mismo Código, que la sucesión abintestato podía verificarse en cabeza ó por derecho propio, y por representación ó en estirpe; ya indicamos también cuanto sobre el particular prevenían la célebre Novela 118 de Justiniano, el no menos célebre Código Alfonsino, eco fiel de cuanto se había expuesto en el Derecho Romano, así como también hicimos algunas ligeras indicaciones acerca de lo que preceptuaban las leyes de Toro y de la Novísima Recopilación sobre el particular que nos ocupa; pues bien, para nosotros, según tales precedentes, ficción legal es y no derecho propio el de representación, y como tal debía conceptuarse á pesar de que el Código hoy vigente le llama derecho, pues en nuestro concepto tal nomenclatura no obedece á la consideración de derecho propio que algunos suponen quiere atribuírsele, sino á la naturaleza que tal derecho tiene, por más que ese nazca como nacen otros muchos derechos de puras ficciones legales; tal acaece con la sucesión de los hijos póstumos, como otros varios derechos que pudieran citarse.

En las sucesiones intestadas que todo se basa en el cariño y en la aproximación sincera y expontánea de la familia, hay que caminar siempre bajo hipotesis que pasan ante el derecho como verdades axiomáticas, porque se fundan en lo que la naturaleza impone, y en lo que por las reglas generales y expontáneas de esa misma naturaleza debiera suceder; así es que de esas hipótesis, de esas ficciones legales basadas siempre en los sólidos fundamentos que de los secretos de la naturaleza nacen, se derivan derechos que verdaderamente tienen las condiciones de tales, y que como tales pueden conceptuarse, por lo cual no encontramos incompatibles nosotros ni antitéticas las ideas de la ficción legal que envuelven los arts. 739 de los Códigos Francés y Bélga, y el derecho que exponen muchos de los Códigos americanos y nuestro propio Código.

De cuál sea la verdadera representación, de qué extensión deba dársele en la linea recta y en la colateral, nos ocuparemos después.

Gran relación tiene el articulo que comentamos, con lo que se expuso en el art. 761 y en el 857 de este mismo Código; y gran analogía guarda el precepto que nos ocupa, con lo que se consignó en los arts. 753 y 934 de los respectivos Proyectos de Código Civil de 1851 y 1882.

Concuerda con los artículos anteriormente citados de los Códigos de Francia y de Bélgica, con los arts. 729 del Código de Italia, 3549 del de la República Argentina, 1103 del de Veracruz-Llave, 1980 del de Portugal, 980 del de Uruguay, 3852 del de México, 890 del de Luisiania, 524 del de Vaud, 734 del de Austria, 984 del de Chile, 951 del de Guatemala, 3583 del de la Baja California, y

3852 del de Campeche; siendo idénticos al nuestro los preceptos de los Códigos de México, Campeche y Baja California; debiendo hacer presente que el Código Argentino define tal representación diciendo: *que es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre ó su madre en la familia del difunto, á fin de suceder juntos en su lugar á la misma parte de la herencia, á la cual el padre ó la madre habrían sucedido.* Esto demuestra que la representación ha sido imaginada á fin de reparar en interés de los hijos, el mal que se les hubiere causado por la muerte prematura de sus padres, ó al declararles incapaces de heredar por causa de indignidad.

Art. 925. El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente.

En la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado.

El derecho de representación, dice nuestro Código, tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente; y no puede ser otra cosa, porque si nace este derecho de una ficción legal fundada en la naturaleza, y en esa misma naturaleza se basa, es evidente que suponiendo la representación la existencia de una persona que falleció, y siendo más natural que fallezcan antes los padres que los hijos, por la propia naturaleza, la representación del padre ha de imponerse necesariamente en los hijos que engendró, que son, por decirlo asi, la continuación de su progenitor, pero como este progenitor tiende á la caducidad de la vida por la naturaleza misma de las cosas, que no hace imperecedera la existencia, y lejos de ser el continuador de su hijo, representa el elemento histórico de un antecedente que queda cuando más como señal de respeto y consideración, y que se extingue paulatinamente para no representar ni aun ese antecedente histórico mas que en la memoria de sus sucesores; de aquí el que la ley no haya conceptuado necesario ni conveniente otorgarle el derecho de representación. Además hay que tener en cuenta que en la sociedad el elemento joven, los hijos representan siempre á sus padres, mientras que el elemento viejo, los padres sólo tienen representación propia en los sacrificios que por los hijos hacen, y allá donde van mientras conservan fuerza vital suficiente, acuden por derecho propio á ver por si mismos la evidencia de los desengaños y las intrigas de la sociedad.

De manera, que por más que la ficción juridica tiene una base en el afecto y otra en la naturaleza, por más que supone con vida á quien ya dejó de existir, y por más que supone latente el cariño que los hijos del finado profesaban al intestado, fué preciso fijar los limites de esta representación, determinando las personas á quien debia beneficiar, y conformes estuvieron todas las legisla-

ciones, en que la representación no puede tener cabida en la linea ascendente, porque la naturaleza no la justifica ni la impone; mientras que hubo perfecta conformidad en todas las legislaciones de los pueblos civilizados, en que la représentación no puede menos de aplicarse en la linea descendente, porque en ella se manifiesta de una manera casi instintiva la naturaleza, imponiendo el cariño á los descendientes y especialmente á los nietos, casi en mayor intensidad que á los propios hijos; así como estuvieron conformes de toda conformidad, en que entre los eslabones de esa recta que forman cada una de las sucesiones directas, el derecho de representación no puede limitarse, porque afectos intensisimos se conservan en los biznietos como en los nietos, y en todos los sucesores directos que son representación genuina del tronco de donde se derivan; sin cuyas sucesiones seria imposible la existencia de los supervivientes, como imposible seria la mas elevada de las montañas, sin la base que sobre los frondosos valles se sienta, y sin la superposición de las moléculas. ni las más erguidas almenas sin los cimientos del castillo que las sostienen, ni el copudo follaje de la palmera sin las raices en que descansa, sin los crecimientos anuales que representan otras tantas sucesiones.

Pero no sucede lo mismo en los colaterales acerca de cuya representación se han sostenido largos debates y teorías muy distintas se sustentan; pues mientras unos Códigos rechazaban por completo la teoria de la representación aplicada á las generaciones de las lineas laterales, otros la admitian en cuanto á los hermanos, y algunos la hacian extensiva á los sobrinos; pues el Fuero Juzgo y el Fuero Real, sustentaban la idea de que heredando los sobrinos en su lugar y grado á falta de hermanos, no podian nunca venir á compartir la herencia en representación de sus padres, con los hermanos de estos: mas la *Novela* 118 de Justiniano, tantas veces citada, extensivo hizo el derecho de representación á los sobrinos, al objeto de que no fuesen excluidos de la herencia por los hermanos; y las Partidas, tomando tal precepto como bueno, modificaron el derecho anteriormente constituido en nuestra patria, otorgándose desde entonces á los sobrinos el derecho de representar á sus padres en la herencia de sus tios, y obteniendo *in stirpes* la parte que sus padres hubieran heredado, si no hubiesen fallecido antes que el hermano de aquellos, ó sea el causante de la herencia.

Tanto el Proyecto de Código de 1851 como el de 1882, trataron de extender la representación en general á todos los descendientes de los hermanos, pero nuestro Código ha creido más conveniente adoptar la legislación de las Partidas en esta materia, sosteniendo que la representación en la linea colateral no debe extenderse más allá de los sobrinos, ni ha de aplicarse á más casos que cuando estos concurran á la sucesión intestada con sus tios, en cuyo caso el hermano del difunto hereda *in capita* ó por derecho propio, una parte de los bienes herenciales, y los sobrinos que acudan á la sucesión en representación

de su padre heredan *in stirpe* todos ellos una parte igual á la de cada uno de los tios con quien concurren, asi es que si á la muerte intestada de Juan concurren dos hermanos de éste llamados Pedro y Diego, más el hijo de otro hermano ya difunto ó sea su sobrino Justo y dos hijos de otro hermano también premuerto llamados Fernando y César, y los bienes relictos ascienden á 20000 duros cada uno de los hermanos del finado causante, Pedro y Diego percibirian 5000 duros por derecho propio, y por derecho de representación deberia percibir 5000 duros el hijo de uno de los hermanos premuerto, más otros 5000 duros los dos hijos del otro hermano también premuerto, por el mismo derecho de representación.

El articulo que comentamos que en relación está con los arts. 916, 917 y 920 de este mismo Código, concuerda con los arts. 740 al 742 del Código de Francia si bien dicho Código en su art. 742 admite la representación de los hermanos y sus descendientes de grados más ó ménos iguales en la linea colateral; viéndose idénticos preceptos en los arts. 740 al 742 del Código de Bélgica.

El Código de Italia en sus arts. 730 al 732 sustenta preceptos análogos á los que acabamos de indicar; el Código de la República Argentina en sus arts. 3557, 3559 y 3560, presenta iguales analogias, como el Código de Uruguay en sus artículos 981 al 983; concordando también los arts. 733 y 734 del Código de Austria 890 del de Holanda; 525 y 526 del de Vaud; 986 del de Chile; 891 y 892 del de Luisiana; 3853 y 3854 del de México; 3584 y 3585 del de la Baja California; 3853 y 3854 del de Campeche; debiendo tenerse presente que estos tres últimos como el de Portugal en sus arts. 1981 y 1982 son iguales al nuestro, y que otros como los de Francia, Bélgica, Nápoles, Vaud, Luisiana, y Veracruz-Llave en sus arts. 1104 y 1105, extienden la representación de la linea transversal á los hijos de los hermanos y á sus descendientes, llevando la representación á lo infinito en la linea colateral de tal manera que se producen grandes inconvenientes y peligros sin cuento, pues dividiendo la sucesión en tan múltiples ramas vienen á confundirse las maneras de suceder, viniendo á ser tal sistema fuente y origen de numerosos pleitos y dificultades sin limites, que á nadie aprovechan más que á la curia, en la cual por tal procedimiento se consumen muchas de las herencias.

Art. 926. Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante ó representantes no hereden más de lo que heredaria su representado, si viviera.

Al comentar el articulo anterior hemos dicho ya algo relativo á este articulo, y hasta hemos puesto un ejemplo en el cual se demuestra que cuando se hereda por representación la división no puede hacerse más que *in stirpe* y no

in capita, pues de este último modo sólo pueden heredar los que vienen á la sucesión por derecho propio, percibiendo cada uno de los que de tal manera suceden, una de las partes en que se divide la herencia; mientras que los que suceden por derecho de representación ó *in stirpe*, todos los que forman un grupo bajo tal aspecto, reciben una de las participaciones, igual á la que hubiera recibido si viviera la persona á quien representan.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 755, proponia, como después propuso el art. 936 del Proyecto de 1882, un precepto igual al consignado en el artículo que de este Código nos ocupa; y concordancias vemos en los arts. 743 del Código de Francia, en el 733 del de Italia, en el 743 del de Bélgica, cuyos tres artículos son casi idénticos; así como también son concordantes los arts. 1983 y 1984 del Código de Portugal, 985 del de Uruguay, 951 del de Guatemala, 3563 del de la República Argentina, 3856 del de México, 3587 del de la Baja California, 3856 del de Campeche y 1106 del de Veracruz-Llave, debiendo tenerse en cuenta que todos los representantes deben encontrarse en grados iguales.

Art. 927. Quedando hijos de uno ó más hermanos del difunto, heredarán á éste por representación si concurren con sus tíos. Pero, si concurren solos, heredarán por partes iguales.

El precepto de este artículo, en su segunda parte nos parece injusto, ó no lo entendemos bien. Si, en su redacción, quiere decir tal artículo que la representación desaparece por el hecho de no concurrir á la sucesión con parientes que hereden por derecho propio, parece que se subordina una cosa esencial, cual es la representación, á la eventualidad de la concurrencia ó no concurrencia de otros parientes por derecho propio; y, si en el caso de suceder únicamente aquellos que siempre por naturaleza serán la representación genuina de sus progenitores, se les hace cambiar de propia naturaleza en cuanto á la sucesión, heredando *in capita* ó por derecho propio, derecho que nunca pueden tener segun los principios esenciales de la ley, saldria perjudicado aquel que fuese hijo único del hermano del finado á quien representó y al que no podria menos de representar, lo mismo concurriendo con los tíos ó personas que heredaban por propio derecho, que concurriendo con primos que heredaban con ellos en representación de su padre; por cuanto si concurria á la herencia con uno que en la misma tuviese participación por derecho propio, percibiria una parte igual á la de éste, é idéntica á la que habían de distribuirse los otros primos que formasen un grupo de representación, mientras que, no concurriendo aquel tio que á heredar venia en derecho propio, no había de percibir más que una parte igual á la que se entregaba á cada uno de sus primos; lo cual es tanto más injusto cuánto que en la línea recta descendente nunca desaparece la representación, siendo así que es en la línea en que ca-

bría mejor el doble derecho bajo el aspecto de derecho propio y de representante de sus progenitores, según los casos.

Para mejor explicación expondremos un caso; es el siguiente: Juan fallece intestado, sin más parientes que un hermano vivo, un hijo de otro hermano ya fallecido, y seis hijos de otro hermano también premuerto: el capital relicto por el finado causante de la sucesión á que aludimos es igual á 30,000 duros, y, según los preceptos de nuestro Código, esa herencia se divide en tres partes, (cubiertos, por supuesto, los gastos de funeral y deudas del intestado): una parte, ó sea 10,000 duros, para el hermano del finado que hereda por derecho propio, llamado Pedro; otra parte igual para el hijo único de Pablo, (hermano premuerto del causante), y otra parte, ó sean otros 10,000 duros, para los seis hijos del otro hermanó también premuerto Enrique. Pues bien, está división que lógicamente se ve hecha en partes iguales, las cuales se adjudican por igual al que hereda *in capita* y á cada uno de los grupos representantes de sus progenitores, viene á destruirse y á descomponerse por completo por el solo hecho de que ese Pedro, hermano vivo del causante, hubiera fallecido y en lugar de él concurriese á la herencia con los otros primos un hijo del Pedro, llamado Luis; en este caso, en lugar de las tres partes hechas de la herencia habría que hacer ocho completamente iguales, y al que antes, por ser el único representante de su padre ó sea de un hermano del causante, le correspondia la tercera parte del caudal herencial ó sean 10,000 duros, ahora le corresponderia únicamente la octava parte ó sean 3,750 duros; mientras que á cada uno de los seis hijos de uno de los hermanos que formaban un grupo de representación y entre los que se dividia la tercera parte de la herencia ó sean 10,000 duros, no concurriendo heredero alguno que herede por cabeza, se les adjudicará, según el Código, la octava parte de esa herencia por ser ocho los primos que concurren á ella, correspondiéndoles 3,750 duros á cada uno de dichos sugetos que tal grupo de representación formaban, en vez de los 1,666 duros 60 cents., ó sean 8333 pesetas 33 cénts., que es lo que hubieran recibido al repartirse entre los seis los 10,000 duros que á su representación se adjudicaban; lo cual implica dación de mayores derechos á los hijos que á los padres por muerte de tercera persona; si bien los partidarios de tal precepto, sostienen que en tal caso, los primos no concurren por representación, sino por derecho propio.

Los Proyectos de Código de 1851 y de 1882, en sus respectivos arts. 756 y 933, proponian precisamente lo contrario de lo que se preceptúa en el artículo que comentamos, pues en aquellos Proyectos se sustentaba la idea de que la representación no desaparece porque deje de concurrir á la herencia alguna persona que herede *in capita* ó por derecho propio, y sustentando la tesis de que la representación es imperecedera en su esencia, proclamaban la sucesión por estirpe; mas si bien los intérpretes del *Corpus juris* entendian de diversa manera sus textos con relación al caso en que los hijos de hermanos no concurrie-

sen con sus tios, la verdad es que, tanto las Leyes del Fuero Juzgo, como las del Fuero Real, como la Ley 5.ª, tít. 13, Part. 6.ª, resolvieron que los hijos de hermanos deben heredar por cabeza ó sea por iguales partes, en lo cual parecen guardar dichas disposicioees cierta relación con la Novela 118, la Ley 6.ª, tít. 13, Part. 6.ª, la Ley 6.ª de Toro y la Ley 1.ª, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, cuyas inspiraciones parece haber seguido el Código que comentamos.

Concuerda hasta cierto punto con los arts. 742 y 743 del Código de Francia, 732 del de Italia, 742 y 743 del de Bélgica, si bien estos tres sostienen siempre la sucesión por estirpe. lo cual se vé mucho más claro si se estudian detenidamente los artículos que les siguen en cada uno de ellos. El art. 3561 del Código de la República Argentina, preceptúa que quedando hijos ó descendientes de dos ó más hermanos del difunto, heredan á éste por representación, ya estén solos y en igualdad de grados, ya concurran con sus tios, lo cual es bien parecido á lo que determinan los arts. 743 del Código Francés, 893 del Código de Holanda, 895 del Código de Luisiana, 528 del de Vaud, 743 del de Bélgica, 983 del de Uruguay, y 1107 del de Veracruz-Llave; mientras que en el art. 664 del Código de Nápoles se dispone que, los hijos de los hermanos encontrándose en grados iguales deben suceder *in capita*, sin representación de sus padres, lo cual es igual á lo determinado en nuestra legislación antigua por la Ley 13, título 6.º, lib. 3.º del Fuero Real, y por la Ley 5, tít. 13, Part. 6.ª ya citada.

El Código de Portugal conviene con el primer párrafo del art. 927 que comentamos en su art. 1982, pero nada claro dice respecto del caso en que los hijos de hermanos concurran solos á la herencia del tío finado; el Código de Guatemala, en su art. 958, también dicta un precepto muy especial, en el cual vemos tan poco claro como en el nuestro, el sentido de la disposición que nos ocupa; pues expresa que entre los parientes colaterales, excepto los hermanos, cuando concurren á heredar con sus sobrinos, el más próximo excluirá al más remoto y la herencia se divide por iguales partes entre los parientes del mismo grado.

Los Códigos de México, Baja California y Campeche, por más que unos publicistas citan como concordante con el nuestro el art. 3854 del de México, y otros el 2789 de dicho Código Mexicano, ninguno de ellos concuerda realmente con el art. 927 que al presente comentamos; pues el 3854 corresponde, ó solo tiene alguna ligera analogía con el primer párrafo del nuestro, sin que nada diga respecto del caso en que los hijos de hermanos concurran solos, que es lo más importante de este artículo; pues lo demás se halla sobradamente decidido: y el art. 3789 del mismo Código Mexicano, que también otros publicistas citan como concordante con el 927 que de nuestro Código nos ocupa, trata precisamente de asunto bien extraño al de la representación, pues se refiere al testamento cerrado, autorizado ya, á la entrega del mismo por el testador y á la

protocolización en el oficio del Notario. De manera, que realmente para nosotros, es cada día más cierto que el derecho de representación, no cambia ni se altera porque á suceder no concurra con los herederos *in stirpe* un heredero *in capita*, y por ello nos inclinamos, separándonos de nuestro Código, á las soluciones que dan sobre esta materia los Códigos de los pueblos más civilizados, como el de Francia, Italia, Bélgica y otros varios que ya dejamos indicados, todos los cuales parten de la base de que, en todos los casos en que se admita la representación, la partición se hará por estirpes, y si una estirpe tuviese muchas ramas, se verificará la subdivisión también por estirpes dentro de cada rama, cualquiera que sea la condición y clase de coherederos que con ellos concurran á la sucesión, y sólo entre los miembros de la misma rama se hará la partición por cabezas.

Art. 928. No se pierde el derecho de representar á una persona por haber renunciado su herencia.

Nuevo este precepto en nuestro derecho pátrio, es tan lógico, que no cabe contradicción, pues uno puede renunciar á lo que por derecho propio le corresponda en los bienes de una persona, sin que por esto pierda el derecho de representación y tiene sus antecedentes jurídicos en el derecho romano, de lo cual se convence cualquiera sin más que leer la Ley 3.ª, tít. 14, y la Ley 1.ª, tít. 16, lib. 6 del Código Justinianeo, y la Ley 11, tít 9.º, lib. 38 del Digesto.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 757, propuso en la esencia lo mismo, y el art. 838 del Proyecto de 1882 era igual hasta en su redacción.

Concuerda con el art. 744 del Código de Francia, 735 del de Italia, 895 del de Holanda, 596 del de Luisiana, 987 del de Chile, 529 del de Vaud, 765 del de Guatemala, 1044 del de Colombia, 986 del de Uruguay, 3552 del de la República Argentina, 3857 del de México, 3588 del de la Baja California, 3857 del de Campeche y otros, preceptuando el argentino sencillamente, que se puede representar á aquel á cuya sucesión se ha renunciado, mientras que los de México, Campeche y Baja California, determinan que, se puede representar á aquel cuya sucesión se ha repudiado, mas no á aquel de cuya sucesión ha sido declarado incapaz ó desheredado el que debiera ser representante.

Y no puede menos de tener lugar lo que nuestro Código prescribe en el art. 928 que comentamos, por cuanto el derecho de representación no depende de la herencia del representado, sino de la representación que por la naturaleza se impone, así es que el nieto que repudia la herencia de su padre, puede representarle para heredar al abuelo.

Art. 929. No podrá representarse á una persona viva sino en los casos de desheredación ó incapacidad.

Dadas las teorías antes sustentadas y la idea que de la representación tenemos, siendo esta un derecho que nace de una ficción legal, evidente es que cuando la persona á quien se representa vive, aquella ficción base de este derecho no puede subsistir, puesto que se realiza la materialidad del hecho simulado, y por ello no cabe duda que no puede venirse á sostener la representación de una persona para suceder á otra, á quien por derecho propio *ó in capita* sucedería si viviese, cuando realmente vive la persona á quien se intenta representar, pues viviendo, ella misma por derecho propio concurrirá á la herencia según la regla general del derecho, más esta regla tiene dos excepciones que son la del caso en que el que había de concurrir por derecho propio es declarado incapaz, y la del en que fuere desheredado por justa causa, pues la ley en tales casos no quiere que se perjudique á los herederos del que por su conducta ó incapacidad ha perdido todo derecho en la herencia, fundándose en que los castigos ó responsabilidades deben ser personales y no pueden trascender á los sucesores del que á tales penas se hizo acreedor, ó de tal medida debió ser objeto.

En relación está este artículo con otros varios de este mismo Código, entre otros el 745 al 756, 761, 853 al 855 y 857, siendo el que nos ocupa igual en la esencia á los preceptos que propusieron tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 758, como el Proyecto de 1882 en su art. 939.

Concuerda con el art. 3554 del Código de la República Argentina, pues aun que no en todas sus partes, está conforme con lo que preceptúa el artículo que de nuestro Código comentamos; determina que no se puede representar sino á las personas muertas, con excepción del renunciante de la herencia á quien, aún vivo, pueden representarle sus hijos; previniendo también el artículo siguiente que pueden así mismo los hijos del ausente con presunción de fallecimiento, representarlo, no probándose su existencia al tiempo de abrirse la sucesión, y el art. 3556 de aquel mismo Código, nos dice lo que nadie pudiera dudar, esto es, que no se puede représentar sino á las personas que habrían sido llamadas á la sucesión del difunto. Esto es evidente, entrando el representante en los derechos del representado prevenirse debe virtualmente que no se puede representar sino á una persona que habría tenido derechos sucesorios si hubiese vivido, pues de otra manera no cabe la representación. Y teniendo la representación por objeto poner al representante en el lugar y derecho del representado, es claro é inconcuso que este lugar debe hallarse libre y vacante para que pueda verificarse la representación, y como la persona viva ocupa ese mismo lugar, de aquí el que no sea posible la representación de un vivo, porque su existencia impide el ejercicio de la representación para cuyo desarrollo es indispensable esa vacante del derecho que por sí propio tiene el representado: esto es lo racional y lógico, y estos son los principios que deben informar á todo derecho de representación, por más que algunos los

tachen de demasiado absolutos. Mas esa inflexibilidad de principios que en la justicia y en el derecho debemos apetecer, admite también su parte de equidad que compatible es con el rigor del derecho, y por ello la ley establece algunas excepciones, y bajo el supuesto de que si el padre vivo no quiere usar de su derecho propio, esto no debe perjudicar los derechos de sus hijos, se admite la representación en cuanto al vivo que ha renunciado la herencia; y como por otro lado en cuanto á dicha herencia no puede menos de considerarse como vacante esa personalidad que á su derecho renuncia, de aqui el que sobre ser equitativo es justo el sostener el derecho de representación en ciertas ocasiones, aún cuando viva la persona representada, y por eso el art. 929 que de nuestro Código comentamos, con muy buen acuerdo excepciona también los casos de desheredación ó incapacidad.

El art. 744 del Código de Francia previene que no se representará á las personas vivas, sino únicamente á las que hayan muerto; y que podrá ser representado aquel á cuya sucesión se hubiese renunciado. Igual precepto contiene el art. 744 del Código de Belgica; y el art. 734 del de Italia previene que no serán representadas las personas vivas, á no ser que se trate de ausentes ó incapaces de suceder.

El Código de Uruguay, en su art. 986, preceptúa que se puede representar al ascendiente, aunque se haya repudiado su herencia, y asimismo se puede representar al ascendiente incapaz, al indigno, al desheredado, y al que repudió la herencia del difunto; observándose análogos preceptos en los arts. 1108 y 1109 del Código de Veracruz-Llave; y los arts. 3859 del Código de Campeche, 3590 del Código de la Baja California y 3859 del Código de México, prescriben que, entre personas vivas, no tiene lugar la representación, sino en los casos de desheredación ó incapacidad, es decir, que tales Códigos contienen preceptos esencialmente iguales al nuestro sobre el particular que nos ocupa.

CAPITULO IV

Del orden de suceder según la diversidad de líneas

SECCIÓN PRIMERA

DE LA LÍNEA RECTA DESCENDENTE

Art. 930. La sucesión corresponde en primer lugar á la línea recta descendente.

Al dedicarse este capítulo 4.º á tratar del orden de suceder según la diversidad de lineas, ocúpase ante todo en su sección primera, de la linea recta descendente, y como primera prescripción nos sienta la tesis de todos conocida

de que la sucesión corresponde en primer lugar á la linea recta descendente. Verdad es ésta tan axiomática é inconcusa que no necesita demostración, porque son también los descendientes los que la naturaleza colocó en primer término con relación al cariño entrañable que los padres puedan tener á las personas que les rodean; mas aún cuando el cariño paternal supongan algunos que es idéntico para los descendientes legítimos que para los ilegitimos, nosotros, sin echárnoslas de moralistas, hemos de rechazar tan absurda idea, pues en el individuo no sólo impera el afecto que nace del amor material, sino que regulariza el cariño del hombre honrado, en la esfera social, la legalidad de su situación y la normalidad de la vida civil y religiosa; pues el hombre que crea una familia, albergándose ó amparándose para ello en los sanos principios de las leyes, puede ostentar su paternidad con un orgullo noble y una satisfacción moral, que no embalsaman nunca el corazón del que ilegítimamente y por torpes uniones carnales se pocrea; así es, que rechazamos como inexacto que el hombre tenga generalmente igual afecto á sus hijos ilegítimos que á los legítimos, por cuanto aun cuando fuesen igual en intensidad los gérmenes que engendran ese cariño, con sólo pararse á considerar que el trato incesante, familiar y público, y las continuas caricias de aquel sér á quien legalmente se trae al mundo, nos prodiga, no puede menos de inflamar y acrecentar ese cariño que nunca podria cultivarse de igual manera con relación al hijo ilegítimo que no se ve, cuyo nombre se oculta ante la sociedad, y se separa del nombre de su progenitor, y cuyo reconocimiento viene las más veces por el peso abrumador de la conciencia, tardío y débil en su origen, sin efusión en su desarrollo, y como pago de una deuda que no puede eludirse, tomada como carga amarga de la vida y como castigo imperecedero de ciertas ligerezas.

De todos modos, y apartándonos de digresiones inútiles para los efectos del derecho civil, es evidente de toda evidencia que la sucesión corresponde en primer término á la linea recta descendente, y que esto se impone por la necesidad misma de la naturaleza que expontánea y casi instintivamente dirige los afectos de la humanidad con mano sabia, con la misma lógica inflexible que la ley de la gravedad determina los movimientos de la materia, á la que obedecen todos los cuerpos; con la misma necesaria inflexibilidad que los rios siguen su curso no marchando contra su nacimiento, con idéntica razón que la agregación molecular da por resultado los cuerpos sólidos, y como los gases se producen por efecto de la disgregación molecular. Y esto mismo sosteníase ya en la ley 7.ª, tít. 20, lib. 48 del Digesto, como se ha venido sosteniendo después en la ley 3.ª, tít. 13, Part. 6.ª, y en la ley 1.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 761, y el art. 940 del Proyecto de 1882, no decían la *sucesión corresponde*, sino la *ley llama en primer lugar*, etc., etc., lo cual da á entender de modo bien claro que en aquellos Proyectos

se supuso que ese derecho partia más de la voluntad del legislador que de la naturaleza y sustanciabilidad del mismo derecho; mientras que nuestro Código con mejor acuerdo, lo basa y fundamenta en el afecto que la naturaleza impone, lo viene á sentar como deducción del derecho natural.

Concuerda ó, mejor dicho, tiene alguna analogía con los arts. 723 y 745 del Código de Francia, con el art. 736 del de Italia, con el art. 745 del de Bélgica, con el 3565 del de la República Argentina, con el 951 del de Guatemala, con el 988 del de Chile, y 1045 del de Colombia; viéndose verdadera concordancia con el primer apartado del art. 987 del de Uruguay, que dice: *la ley llama á la sucesión intestada, en primer lugar, á la linea recta descendente.*

Art. 931. Los hijos legítimos y sus descendientes suceden á los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios.

Dado el principio sentado en el artículo precedente de que la sucesión corresponde en primer término á la linea recta descendente, es una consecuencia de aquél lo que prescribe el art. 931 que acabamos de consignar; los hijos y sus descendientes no pueden menos de suceder á sus padres y demás ascendientes. Muerto el padre ó el abuelo, entran á heredar sus bienes, el hijo ó nieto, sean varones ó hembras, con exclusión del hermano ú otros parientes de la línea colateral; así lo venía exponiendo la Ley 3.ª, tit. 13, Part 6.ª; mas dicha ley se refería á los hijos legitimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, como lo había prescrito la Ley 15, tit. 58, lib. 4.º del Código Romano, y el capítulo 1.º de la Novela 118, en cuyas prescripciones se hacía extensivo este derecho al hijo póstumo, y se determinaba que no afectaba al caso el que el hijo estuviera ó no emancipado.

Análogos precedentes se encuentran en la Ley 2.ª, tit. 2.º, lib. 4.º del Fuero Juzgo, que empieza diciendo: *En la heredad del padre vienen los fiios primieramientre.* En la Ley 1.ª, tít. 6.º, lib. 3.º del Fuero Real, en algunas leyes del Digesto y de la Instituta; Ley 3.ª, tít. 13, Part. 6.ª, y en la Ley 1.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, se encuentran verdaderos precedentes; relacionándose el precepto que nos ocupa con los art. 108 al 110 de este mismo Código, y los arts. 979 al 981 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Proyecto de Código de 1851, en sus arts. 762 y 763, propuso preceptos análogos, mientras el Proyecto de 1882, en su art. 941, proponia una prescripción idéntica á la que entraña el artículo que comentamos.

Tanto el Código de Francia, como el Código de Bélgica en sus arts. 745, preceptúan que los hijos ó sus descendientes, heredan á sus padres, abuelos y demás ascendientes sin distinción de sexo ni de primogenitura, aunque procedan de diferentes matrimonios: suceden por iguales partes y directamente cuando todos se encuentran en el primer grado y vienen á suceder por derecho propio;

heredan por estirpes, cuando todos ó parte de ellos vienen á la herencia en representación.

El Código de Italia, en su art. 736, determina que, al padre, á la madre y á cualquier otro ascendiente, sucederán los hijos legítimos ó sus descendientes, sin distinción de sexos y aun que hayan nacido de diferentes matrimonios, sucediendo estos *in capita* cuando estén todos en primer grado, y por estirpes cuando todos ó algunos de ellos sucedan en representación de los que tuvieran derecho propio.

El Código de Portugal, en su art. 1985, preceptúa que los hijos legítimos y sus descendientes suceden á los padres y demás ascendientes, sin distinción de sexo ni edad, aun que procedan de diverso matrimonio.

El art. 951 del Código de Guatemala, determina que los hijos y descendientes son los primeros llamados á la sucesión, los hijos heredan por cabeza, esto es, por iguales partes; los demás parientes heredan por estirpes, esto es, por la parte que le corresponderia al hijo á quien representan; mientras que según hemos dicho antes, el Código de Uruguay en su art. 987, empieza por sentar que la ley llama á la sucesión intestada, ante todo á la linea recta descendente; y luego en el último apartado preceptúa que los descendientes legitimos excluyen á todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido ó mujer sobreviviente. El Código de México, en su articulo 3860, prescribe que si á la muerte de los padres quedaren sólo hijos legítimos ó legitimados, la herencia se distribuirá entre todos por partes iguales sin distinción de sexo ni edad, y aun que lo sean de distinto matrimonio: preceptuando lo mismo los arts. 3591 del Código de la Baja California y el 3860 del Código de Campeche; como el art. 3865 del Código de la República Argentina, prescribe que los hijos legitimos del autor de la sucesión, sean de uno ó de varios matrimonios, lo heredan por derecho propio y en partes iguales, salvo los derechos que se dan á los hijos naturales y al viudo ó viuda sobreviviente. Todo lo cual viene á demostrar que en la mayor parte de los paises se sostiene la idea que nuestro Código sustenta, de que los primeros llamados á suceder abintestato son los descendientes, como se preceptúa en la Ley 3.ª, tit. 13, Part. 6.ª, en la Ley 1.ª, tit. 20, lib 10 de la Novisima Recopilación antes citadas, y como en el pueblo romano ordenaba la Ley 7.ª, tit. 20, lib. 48 del Digesto, bajo la regla siguiente: *Ratio naturalis lex quædam tacita, liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam succesionem eos vocando*: porque la razón natural como la ley tacita y expresa, afecta ó atribuye á los hijos la herencia de sus padres y los llama á una sucesión que les es debida.

También se encuentran analogias en los arts. 1045 del Código de Colómbia, y 988 del de Chile.

Art. 932. Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.

Acerca de este artículo poco ó nada puede decirse porque es de buen sentido, y todos los Códigos modernos entrañan preceptos análogos, conformes como están en que si todos los que concurren á la herencia son descendientes en primer grado, es decir hijos, heredar deben por derecho propio y en partes iguales.

Así lo venía proponiendo el Proyecto de 1851 en su art. 762, como se propuso también en el art. 942 del Proyecto de Código civil de 1882; conteniendo un precepto idéntico el art. 1115 del Código de Veracruz-Llave; y viéndose concordancias no sólo en los artículos anteriormente citados de los Códigos de Francia, Italia, Bélgica y Guatemala, sino que también en los arts. 3830 del Código de México, 3591 y 3592 del de la Baja California y 3860 del Código de Campeche.

Art. 933. Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre estos por partes iguales.

También es consecuencia lógica de los principios anteriormente sentados cuanto se consigna en este art. 933 de nuestro Código, puesto que admitido el derecho de representación y habiéndose expuesto que en la línea recta se sostiene indefinidamente tal principio, no cabía otra cosa que la redacción del precepto que nos ocupa, el cual tiene como precedentes el tantas veces citado capítulo 1.º de la Novela 118; las Leyes 2.ª, tit. 2.º, y 1.ª, tit. 4.º, del lib. 4.º del Fuero Juzgo; las Leyes 1.ª y 7.ª, tit. 6.º, lib. 3.º del Fuero Real, y la Ley 3.ª, tit. 13, Part. 6.ª; relacionándose armónicamente el precepto del artículo que comentamos con los contenidos en los arts. 924 al 926 y 1038 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 763, como el Proyecto de 1882, en su art. 943, proponían preceptos análogos; y concordancias vemos con el artículo que nos ocupa en el segundo apartado del art. 745 del Código de Francia, en el párrafo 2.º del art. 736 del Código de Italia, en el segundo apartado del art. 745 del Código de Bélgica, en el art. 3566 del de la Repúplica Argentina, 1987 del Código de Portugal, 1116 del de Veracruz-Llave, 951 del Código de Guatemala antes citado; 3861 del Código de México, 3593 del de la Baja California y 3861 del de Campeche.

Art. 934. Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio, y los segundos por derecho de representación.

Ya se habló anteriormente del caso á que se refiere este artículo, y no cabe duda alguna que cuando quedan hijos del finado y descendientes de otros hijos



del mismo premuerto, necesariamente tienen que heredar los primeros por derecho propio y los segundos por derecho de representación; es decir, que los hijos heredan *in capita*, y los nietos, biznietos, etc., *in stirpe*, dividiéndose la herencia en tantas partes cuantos sean los hijos vivos y los hijos muertos que hubieran dejado sucesión, para que cada una de esas partes se adjudique respectivamente á cada uno de esos hijos vivos y á cada grupo que concurra en representación de uno de los fallecidos.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 944, propuso iguales preceptos; y concordancias encontramos en el art. 1987 del Código de Portugal; en el 985 del de Uruguay ya citado al tratar de la representación; en el 951 también citado anteriormente, del de Guatemala; en el 730 del de Italia, también citado al tratar de la representación; en el 734, relacionado en parte con el 745 de los Códigos Francés y Belga; en el 3862 del Código de México; en el 3594 del Código de la Baja California y en el 3862 del de Campeche; en cuyos tres últimos Códigos se determina que si quedaren hijos y descendientes, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes: observando analogías en otros varios Códigos que conformes están con los precedentes histórico-jurídicos ya citados al comentar los artículos anteriores.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LA LÍNEA RECTA ASCENDENTE

Art. 935. A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto, le heredarán sus ascendientes, con exclusión de los colaterales.

Comienza en esta segunda sección á tratarse de la sucesión intestada en línea recta ascendente, colocándola en segundo órden con relación á la descendente, y tratando de desenvolver en esta sección los principios sentados por este Código, relativamente á la sucesión de nuestros progenitores.

Es una consecuencia de aquellos principios el precepto del art. 935, que comentamos: á falta de descendientes legítimos, los ascendientes de la misma clase son los llamados á la sucesión intestada; por lo tanto la línea ascendente legítima forma el segundo grado de llamamiento, según ya hemos indicado.

El Código en esto no hace modificación alguna á lo establecido por nuestro derecho patrio común, que aun que se presentó más ó menos absoluto, según los tiempos y las diferentes vicisitudes por el derecho sufridas, realmente prevaleció esta tésis á pesar de que nuestras leyes de Partida, trayendo al derecho general las inspiraciones de la Novela 118 de Justiniano, interrumpieron

aquella tradición jurídica absoluta en la que se desechaba la concurrencia de un colateral ó un ascendiente.

El Fuero Juzgo, en el tit. 2.° de su lib. 4.°, contenia dos leyes en las que se daba por supuesto el derecho que los ascendientes tenian á suceder después de los descendientes. Algunos de los más importantes Fueros y la Ley 6.ª de Toro parecían declarar que en ciertos casos debia admitirse la concurrencia de algunos colaterales con los ascendientes; y la Ley 1.ª, tit. 4.°, lib. 3.° del Fuero Real, llamaba en primer lugar al padre y á la madre; si uno de estos hubiera fallecido admitia al superstite, y cuando faltaban ambos, eran llamados los abuelos, y así sucesivamente; más la Ley 4.ª, tit. 13, Part. 6.ª, estableció ya que cuando un hijo moria intestado, sin dejar hijo, ni nieto, ni hermano, ni hermana, el padre y la madre debian heredar por igual todos los bienes de su hijo; pero si tuviere hermanos, deberian estos concurrir con los padres partiendo la herencia por cabezas; que es lo que establecia la Ley Romana en su Novela 118 antes citada.

Preceptuaba también dicha Ley de Partida, que si uno muriese sin testamento y no dejase hijos ni hermanos ni padres, pero si abuelo de padre ó de madre, estos heredan con igualdad todos los bienes de su nieto; lo cual guarda cierta conformidad con lo que se ordenaba en la *Autentica Defuncto sine liberis*, que comprendida está en el tit. 56, lib. 6.° del Código Romano, bajo el epigrafe: *De hered. abintestad. vinient.*, y que relación guarda con el cap. 2.° de la Novela 118 antes indicada; y por último prescribe la expresada ley de Partida, que si el difunto dejó abuelos y hermanos, ó hijos de hermanos, heredarán todos sus bienes partiéndolos entre sí igualmente y por cabezas.

Mas después de este antiguo derecho de Castilla, empieza el nuevo con la reforma hecha por los Reyes Católicos, que llevando la Ley 6.ª de Toro á la Ley 1.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, declara: 1.°, que los ascendientes suceden *ab intestato* á los descendientes y son sus legitimos herederos en todos sus bienes de cualquier calidad que sean en caso de que los dichos ascendientes no tengan hijos ó descendientes legitimos, ni otros que puedan presentarse con derecho á heredarles: determina después, que la sucesión ha de tener lugar por su orden y línea derecha; y ordena por último, que se guarde la práctica de algunas ciudades, villas y lugares donde, según el fuero de la tierra, se acostumbra á tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz, confirmando así el fuero de troncalidad donde quiera que se halle en observancia: de manera que aquí, como se vé, el llamamiento de los ascendientes no era ya tan absoluto, sino que tenia algo de condicional, algo de eventual é incierto, dándose por supuesto en aquella ley que puede haber otros que excluyan á los ascendientes.

Pero no hemos de continuar dirigiendo una mirada retrospectiva á nuestro derecho pátrio por que á nada conduciria aumentar esta obra con relacio-



nes de leyes ya puramente históricas, toda vez que nuestro Código está claro; y, prescindiendo de los llamamientos que juntamente con los hermanos carnales hacia á los padres ó ascendientes el cap. 2.° de la tantas veces citada *Novela* 118; como prescindiendo también de otros precedentes antes evocados, prefija un precepto terminante por el cual los ascendientes concurren á la sucesión de sus descendientes en segundo grado ó en defecto de descendientes legítimos con exclusión de los colaterales, contra cuya prescripción no caben distingos ni discusiones en todas las provincias donde el Código Civil rige.

Podria suceder que siguieran las dificultades en cuanto á esta materia tratándose de sucesiones en paises aforados, porque en Cataluña siguiendo todavia en muchas de sus disposiciones los preceptos del derecho romano, y atemperándose al cap. 3.° de la *Novela* 118 *De hujus modi* los ascendientes son llamados juntamente con los hermanos germanos é hijos premuertos de éstos; porque en Aragon los padres suceden á sus hijos muertos sin sucesión solamente en lo que de éstos hubieren recibido, siendo excluidos por los hermanos en los demás; porque en Navarra los padres son excluidos por los hermanos en todos los bienes; y porque en Vizcaya á escepción hecha de los bienes raices troncales, los descendientes excluyen á los colaterales; pero como de todos estos hemos de ocuparnos al tratar de la sucesión intestada ante el derecho foral, nada más sobre ello debemos indicar.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 764, y el Proyecto de 1882, en su art. 945, difieren algún tanto de lo que preceptúa el art. 935 que comentamos, pues en aquellos se trataba de exclusión absoluta, sin que esta última palabra se vea consignada en el artículo que de nuestro Código nos ocupa; y además en éste se trata de los hijos y descendientes legitimos del difunto mientras que en aquellos proyectos no aparecia la palabras legitimos.

Se halla en relación el artículo que comentamos con el 982 de la ley de Enjuiciamiento civil, y con los arts. 836, 841, 917 y 942 de este mismo Código; concordando con los arts. 746 del Código de Francia, en su último apartado, y la primera parte de su art. 747; en el art. 738 del Codigo de Italia se determina que si el difunto no ha dejado hijos, hermanos ó hermanas ni descendientes de éstos, sucederán el padre ó la madre en proporciones iguales, ó aquel de ambos que ha sobrevivido.

El art. 3567 del Código de la República Argentina llama á la sucesión á los ascendientes en falta de hijos y descendientes legitimos, sin perjuicio de los derechos declarados á los hijos y descendientes naturales y al cónyuge sobreviviente; encontrándose análogas prescripciones en el art. 671 del Código de Nápoles; lo cual quiere decir que estos Códigos, como el de Francia y el de Bélgica, en sus arts. 748, llaman conjuntamente á los ascendientes y á los hermanos del difunto y hasta á los descendientes de éstos; mientras que en Prusia el padre ó la madre del difunto heredan con exclusión de los colaterales á fal-

ta de descendientes, pero los abuelos son excluidos por los hermanos carnales y sus descendientes.

Concuerda también con los arts. 1130 del Código de Veracruz-Llave; 1993 del de Portugal en su primer apartado; 988 del Código de Uruguay, si bien en éste concurren con dichos ascendientes el cónyuge y los hijos naturales del finado; con el art. 952 del de Guatemala que en la esencia es igual al art. 935 que de nuestro Código nos ocupa, pues expresa que no habiendo herederos forzosos en la línea de los descendientes heredarán los ascendientes; como parecen idénticos en lo esencial los arts. 3868 del Código de México, 3610 del Código de la Baja California y 3868 del Código de Campeche, en los que se ordena sencillamente que, á falta de descendientes, sucederán el padre y la madre por iguales partes; y aún cuando ninguno de estos tres Códigos dice nada de los preceptos citados respecto á si se trata de los descendientes legítimos, ó de éstos y de los ilegítimos, como quiera que al tratar de los hijos, la base siempre ha de ser la de la legitimidad, y por otra parte en artículos sucesivos se ocupan de los hijos ilegítimos, de aquí el que haya de entenderse que los artículos que se acaban de citar de los tres últimos Códigos, se refieren á los descendientes y ascendientes legítimos; y que si tampoco expresa, como el artículo que de nuestro Código comentamos, á su final, que los ascendientes escluyen á los colaterales, así debe entenderse si se tiene en cuenta lo que prescriben aquellos tres Códigos al tratar en capítulo aparte de las sucesiones de los colaterales como llamados á heredar en tercer término.

Art. 936. El padre y la madre, si existieren, heredarán por partes iguales.

Existiendo uno solo de ellos, éste sucederá al hijo en toda la herencia.

Tan evidente es el precepto del artículo que acaba de consignarse, que hasta ofensivo sería para nuestros lectores que intentásemos explicar lo que tan claro es y como inconcuso debe aceptarse: únicamente podrá hacerse indicación de que tal precepto viene á confirmar lo dispuesto en las Leyes 2.ª y 3.ª, tít. 2.º, lib. 4.º del Fuero Juzgo y la Ley 1.ª, tít. 6.º, lib. 3.º del Fuero Real que con las prescripciones anteriormente citadas de la Novísima Recopilación, venían á constituir el derecho vigente en esta materia hasta la publicación de éste nuestro Código; y que el precepto que nos ocupa guarda gran relación con lo que se previene en los arts. 810 al 812 del mismo.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 765, proponía lo mismo que hoy constituye el artículo que nos ocupa, al igual que el Proyecto de 1882 en su artículo 946.

Concuerda en parte con el art. 746 del Código de Francia ya citado; con el

3568 del de la República Argentina; 1993 del Código de Portugal; 3869 del Código de México; 3611 del Código de la Baja California y 3869 del Código de Campeche.

Art. 937. A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado.

Si hubiere varios de igual grado pertenecientes á la misma línea, dividirán la herencia por cabezas; si fuesen de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá á los ascendientes paternos, y la otra mitad á los maternos. En cada línea la división se hará por cabezas.

Este artículo como el anterior es de estos que no tienen género alguno de duda, por lo que no cabe comentario. Obedece indudablemente al principio generalmente reconocido en todas las legislaciones de que el más próximo pariente excluye al más remoto, y al mismo tiempo desenvuelve las ideas sustentadas acerca de como deben entenderse los grados y las líneas, y las consecuencias que ha de tener la recta aplicación de la sana doctrina relativamente á los casos en que sólo concurran parientes de una línea ó acudan á la herencia sucesores procedentes de diferentes líneas; estableciéndose en el segundo apartado de este artículo, que si sólo concurren parientes de una línea en igual grado, la herencia se dividirá entre ellos *in capita*, y si fueren dos líneas las concurrentes pero de igual grado, la herencia se dividirá en dos partes iguales, una para cada línea paterna y materna, y esa porción que á cada una de las líneas corresponda, se la distribuirán por cabezas entre todos los que compusieren la línea á que se refiere.

Esto mismo lo ordenaba ya la Ley 4.ª, tít. 13, Part. 6.ª y se ve también preceptuado en las legislaciones forales.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 766, consignó sólo el apartado primero del artículo que nos ocupa, y el Proyecto de 1882 en su art. 947, adicionó ya el párrafo segundo proponiendo lo mismo exactamente que se ha consignado en el art. 937 que comentamos.

Concuerda entre otros con el art. 3569 del Código de la República Argentina, en el cual se previene que á falta de padre y madre del difunto, lo heredarán los ascendientes más próximos en grado por iguales partes, aunque sean de distintas líneas; concordando también con el art. 669 del Código de Nápoles, con los arts. 3870 al 3872 del Código de México, 3612 al 3614 del Código de la Baja California y 3870 al 3872 del Código de Campeche; guardando cierta analogía el art. 985 del Código de Veracruz-Llave.

Art. 938. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los arts. 811 y 812, que es aplicable á la sucesión intestada y á la testamentaria.

Al tratar de los referidos artículos, dijimos ya que, respecto del art. 811 ningún precedente se encontraba en nuestro derecho patrio á donde había venido como materia nueva con la publicación del Código el precepto de que el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, se halla obligado á reservar los que hubiera adquirido por ministerio de la ley, en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden; dijimos tambien que el Proyecto de Código civil de 1851 nada habia expuesto sobre el particular, y que en nuestro Código se halla consignado tal precepto con la misma redacción que se extendió en el art. 796 del Proyecto de 1882.

Se ha tratado de averiguar la procedencia de tal precepto, sin que se haya conseguido otra cosa que la de una simple hipótesis, cual es la de creer que tal artículo se concediese por mera atención á las legislaciones forales, muy principalmente la de Aragón, en virtud de la cual, en la sucesión de colaterales, heredan los bienes adquiridos por el intestado los parientes más próximos por la línea de donde se deriven los bienes; reconociéndose así el fuero de troncalidad que en el derecho patrio general no se había admitido hasta el presente; y como en realidad aparecía contrario á las reglas del derecho natural, que, por la cualidad de herederos forzosos que los padres tienen, al fallecer intestado su descendiente, pasaran los bienes de éste á parientes que ninguna relación tuvieran con las personas que los produjeron, mientras otros parientes más próximos dentro de la línea recta del fundador de aquel patrimonio se hallasen en la miseria, de aquí el que, inspirándose en un principio de extricta justicia, se diese en este Código el precepto del art. 811, que en relación está con el 812 y con el 938 que al presente comentamos: por esto se preceptúa también en nuestro Código, que los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos con posterioridad cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión; y por ello, el artículo que al presente nos ocupa, prescribe que, lo preceptuado en los arts. 936 y 937 de nuestro Código, ha de entenderse sin perjuicio de lo que se ordenó en los citados arts. 811 y 812, que igual aplicación tienen para la sucesión testada que para la intestada; de manera que en adelante tendremos la reversión á los padres de todos los bienes que de ellos provengan, cuando tales bienes subsistan á la muerte de los intestados y éstos los hubiesen recibido por título lucrativo.

Concuerda hasta cierto punto con el tantas veces repetido art. 747 del Código de Francia, igual artículo del Código de Bélgica y 1993 del Código de Portugal.

SECCIÓN TERCERA

DE LOS HIJOS NATURALES RECONOCIDOS

Art. 939. A falta de descendientes y ascendientes legítimos sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos, y los legitimados por concesión Real.

En esta sección tercera, al tratar de los hijos naturales reconocidos, se sienta un tercer órden de suceder *ab intestato* que tiene su razón de ser y su fundamento en el afecto, y en la legalización de la situación anormal porque, antes de ser reconocidos, pasan los hijos naturales.

Este órden de suceder *ab intestato* que establece nuestro Código, es nuevo en el derecho común, mas no lo es en cuanto á los Fueros de Aragón y Navarra, ante los cuales los hijos naturales reconocidos sucedian en el mismo órden que determina el art. 939 que comentamos. En cambio en Cataluña entran á heredar en quinto lugar ó sea después de los colaterales hasta el cuarto grado inclusive, en manera bien semejante á la que se disponia en algunas de las leyes antiguas.

Vemos en todos los modernos Códigos cierta tendencia á nivelar los hijos naturales con los legítimos, llamándoles conjuntamente á la sucesión de sus padres y dándoles igual participación á la herencia por virtud del derecho positivo de algunos pueblos, tal sucede en Portugal cuando los hijos naturales han sido reconocidos después de contraido matrimonio; y si bien otros Códigos, como el de Campeche, Baja California y algún otro, no llegaron á esa nivelalación, se aproximaron bastante á la misma deduciendo de lo correspondiente á los hijos naturales una pequeña participación, al objeto de aumentar la porción correspondiente á los hijos legítimos.

Nosotros encontramos muy lógico y muy técnico el precepto que nos ocupa, pues creemos que la legitimidad debe imperar ante todo, pues de no imperar esa legitimidad y ese cumplimiento de la ley, ninguna compensación tendrian los que obedeciendo los preceptos legales y rindiendo tributo á la moral y á las buenas costumbres fueran á ser colocados en el mismo nivel que los que viven en la barragánia, en la disipación y en el vicio. Las leyes deben ser fuertes, y permitiéndose en ellas toda la libertad posible en cuanto ningún ciudadano perjudique la esfera de acción de los demás, deben ser austeras, y no de-

ben discrepar de la ley moral que todo lo abarca, que todo lo envuelve bajo su rigida mirada, y que debe atenderse como la base fundamental de las sociedades positivas que dan normalidad, solidez y tino á las sociedades bien organizadas; de lo contrario tiene que suceder lo que fatalmente sucedió en Roma, que con la disipación de costumbres vino la disolución de aquella sociedad antes tan digna de ser admirada, vino su decadencia y con ella su muerte, pues nunca ya Roma volverá á ser lo que fué, efecto precisamente de aquella corrupción de costumbres, de aquella falta de estimulo para el bien obrar, de aquella negligencia para reprimir y castigar hechos repugnantes que atacaban los más sanos principios de moral universal y que convertian aquella floreciente Roma hija del austerismo más completo, en el caótico lodazal procedente del violento enjendro de la más desenfrenada pasión con el vicio más cinico. Pues bien, el pueblo romano, ni aun en los tiempos de mayor disolución permitia la igualdad entre los hijos legitimos y los ilegitimos, pues los naturales sólo heredaban á la madre en concurrencia con los legitimos, y sucedian al padre en la sexta parte que debian partir con la madre á falta de descendientes legitimos y cuando no quedaba viuda; así se determina en algunos preceptos del Código Justinianeo y en la Novela 89.

Nuestro derecho patrio sólo concedia que los hijos naturales sucediesen á la madre, careciendo de hijos legitimos y legitimados, según la Ley 5.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novisima Recopilación, y la Ley 8.ª, tit. 13, Part. 6.ª, prescribia que los hijos naturales debian suceder al padre, cuando no tuviere hijos legitimos, en una sexta parte de la herencia que habian de dividir con la madre; pero la Ley 10 de Toro permitió al padre que pudiera instituir por heredero universal á su hijo natural, cuando carecia de hijos ó descendientes legitimos ó legitimados, mas si el padre moria intestado, sólo percibia la sexta parte el hijo natural, correspondiendo el resto á los parientes más próximos: en cambio, la Ley 9.ª de Toro concedia más derechos al hijo natural en la herencia materna, pues tanto por sucesión testada como intestada dichos hijos heredaban á sus madres, aunque á éstas sobreviviesen ascendientes legitimos; mas después de tanta vaguedad, vino á uniformarse el derecho de los hijos naturales y á adquirir cierta estabilidad que nunca habia tenido, por la Ley de 16 de Mayo de 1835, en virtud de la cual se estableció que, sin distinción de lineas paterna ó materna, los hijos naturales viniesen á heredar de sus padres tras los parientes colaterales del cuarto grado, si muriese el causante sin haber hecho testamento, es decir, que sucedian después de los primos carnales del finado.

El Proyecto de Código de 1851 propuso, en sus arts. 774 al 776, un sistema especial en la sucesión de los hijos naturales y de su descendencia, distinguiendo el caso en que se habia hecho el reconocimiento de dichos hijos por el padre y la madre conjuntamente, del en que dicho reconocimiento se hu-

biera verificado tan sólo por uno de ellos, y además tenia en cuenta la diferencia que existe entre el sobrevimiento de descendientes ó ascendientes legitimos del intestado y la supervivencia de parientes colaterales; así es que, según las concepciones de tal proyecto, cuando el intestado dejaba hijos ó descendientes legitimos, el hijo natural sólo tenia derecho á alimentos si hubiera sido reconocido por uno solo ó por ambos progenitores; mas si el intestado carecía de descendencia legitima entonces se le reconocía el derecho de heredar, variando este derecho á heredamiento, según se hubiera verificado el reconocimiento, y según también la clase de parientes que habian sobrevivido al finado: de tal manera que los hijos que hubieran sido reconocidos por su padre y su madre, habrían de heredar la cuarta parte de los bienes si concurrian con legitimos ascendientes, la mitad cuando concurriesen con colaterales que se hallasen dentro del cuarto grado, la tercera parte si á la herencia concurrian con el viudo ó viuda, y cuando sólo sobrevivian parientes colaterales fuera del cuarto grado, toda la herencia. En el caso en que los hijos naturales eran reconocidos únicamente por uno de los padres, sólo de éste heredaban ó habian de heredar limitando muchisimo sus derechos en tal sucesión, puesto que no habia de permitírseles concurrir á ella con ascendientes, colaterales dentro del cuarto grado, ni con viudos; y exclusivamente á falta de estos parientes, es decir, después de los de cuarto grado habrian de ser llamados á la sucesión los hijos naturales; pero si sobrevivia el viudo ó la viuda no percibian toda la herencia, pues de ella debia sacarse la legitima que á ese viudo ó viuda *superstite* le correspondía.

Sistema es este que no ha prosperado por más que digno de estudio era y que aparecia bastante justo y equitativo, pero que de todos modos hubiera introducido alguna confusión, más que por otra cosa por la falta de costumbre y porque realmente no era fácil siempre acreditar la conjunción del reconocimiento ó la particularidad del mismo, y porque dada la concesión de ciertos derechos una vez bien definido el reconocimiento y sabida la naturaleza de parientes que concurrian con el hijo natural, podía haberse diferenciado simplemente el caso del reconocimiento por los dos progenitores conjuntamente, del reconocimiento particular de uno de los progenitores, en que la concurrencia á la sucesión con los parientes indicados para el primer caso se extendiera á los bienes relictos por los dos cónyuges que lo hubiesen reconocido, y se redujese en el segundo caso á participar exclusivamente de los bienes de aquel que la había reconocido en la proporción de una cuarta parte cuando concurria con ascendientes legitimos, la mitad con los colaterales dentro del cuarto grado, la tercera parte con el otro cónyuge sobreviviente, siguiendo por este orden en la misma relación que se proponian para el caso de conjunto reconocimiento por ambos cónyuges, sin más que limitar los derechos, repetimos, á la herencia del reconocedor.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 948, propuso un precepto análogo al del art. 639 que de nuestro Código nos ocupa, y nosotros encontramos más lógico, más claro y más justo lo que preceptúa el articulo que comentamos, pues hasta la misma naturaleza impone que á falta de descendientes y ascendientes legitimos, seres en quienes se deposita mayor cariño, sucedan al finado en la totalidad de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión real, pues á estos últimos jamás se les ha podido equiparar con los legitimados por subsiguiente matrimonio que vienen á conceptuarse como los legitimos.

Concuerda el art. 933 que de nuestro Código comentamos con el art. 758 del Código de Francia, pues aun que algunos publicistas conceptúan que sus concordantes son los arts. 756 y 757 de aquel Código, realmente en ellos lo que se preceptúa es, que para heredar los hijos naturales, es preciso que sean legalmente reconocidos, y que la participación de que hayan de disfrutar cuando concurran con descendientes legitimos, sea de una tercera parte, cuando concurriesen con ascendentes ó hermanos, sea la mitad, y cuando acudan al concurso herencial con otros parientes que no sean descendientes, ascendientes ó hermanos, perciban las tres cuartas partes. Iguales preceptos vemos en el Código de Bélgica; y el art. 744 del Código de Italia, viene á determinar que cuando la filiación está reconocida ó declarada, si los hijos naturales concurren con los hijos legitimos ó sus descendientes, tendrán derecho á la mitad de la parte que les corresponderia si fuesen legitimos; y despues de hacerse diferentes distinciones en los arts. 745 y 746 del mismo Código, viene el art. 747 que es el que nosotros creemos verdaderamente concordante con el que de nuestro Código nos ocupa, pues dice que: *cuando el padre ó la madre no hayan dejado descendientes legitimos, ascendientes ni conyuge, los hijos naturales sucederán en toda la herencia*; lo cual tiene gran analogia con el precepto de nuestro Código, sin más que una diferencia, y es la de que el Código de Italia, no sólo pospone como el nuestro los hijos naturales á los descendientes legitimos y á los ascendientes, en el orden de suceder, sino que les coloca detrás del cónyuge sobreviviente de la persona de cuya sucesión se trata: es decir, que allá en Italia los hijos naturales ocupan el cuarto lugar en el orden de sucesión, mientras que en nuestra patria suceden en tercer término desde la publicación del Código.

Análogos preceptos contiene el art. 3577 del Código de la República Argentina; mientras los Códigos Austriaco y Bávaro, y los de Lucerna, Soleure y Saint Gaille, equiparan á los hijos naturales en sus derechos con los hijos legitimos, en la sucesión de la madre, excluyéndoles de la del padre; en Friburgo, se les concede solamente derecho en la herencia materna; en Rusia y en Berna, se les niega todó derecho á la sucesión, como sucede en los Estados Unidos y en Inglaterra, respecto de los derechos reales y personales de los padres, á no ser que



hubiesen sido legitimados por decisión del parlamento; mientras que en Prusia se les concede la sucesión á los bienes de la madre, y tan sólo la sexta parte en la herencia del padre.

El Código de Portugal, en sus arts. 1990 y 1991, concede al hijo ilegítimo, adoptado ó reconocido, la sucesión cuando no hay herederos legítimos; y cuando concurre con ellos le otorga una tercera parte menos que la porción que hubiera recibido siendo legítimo.

El art. 969 del Código de Guatemala, declara herederos forzosos á los hijos ilegítimos reconocidos en forma legal correspondiente, sucediendo en la totalidad de la herencia cuando los padres no tengan descendientes legítimos; pero si concurriesen con estos, heredarán solamente aquella parte de bienes de que los padres hubieran podido disponer si hubieran hecho testamento; mientras que el art. 988 del Código de Uruguay coloca en primer término á los descendientes legítimos del finado, en segundo á los ascendientes legítimos, en tercero al cónyuge, y un cuarto á los hijos naturales, haciendo de la herencia cinco partes cuando faltan los descendientes se entiende, tres para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge, y otra para los hijos naturales; estableciéndose después en el art. 989 y sus concordantes, ciertas reglas de sucesión, según concurran con los hermanos legítimos y con el cónyuge ó con éste sólo.

El Código de México, en su art. 3863, previene que si quedaren sólo hijos naturales, ó sólo hijos espúreos, unos y otros legalmente reconocidos, sucederán en la misma forma que los legítimos, lo mismo que preceptúa el art. 3863 del de Campeche y el 1120 del de Veracruz-Llave.

Art. 940. Si con los hijos naturales ó legitimados concurrieren descendientes de otro hijo natural ó legitimado que hubiese fallecido, los primeros sucederán por derecho propio y los segundos por representación.

Aquí el legislador no ha querido más que equiparar los hijos naturales á los legítimos, en cuanto á la representación, en lo que equipararse pueda, suponiéndolos en las mismas circunstancias; y así como en los hijos legítimos se observa que, cuando alguno de ellos ha premuerto al causante de cuya sucesión se trata, pero deja hijos, estos concurren en representación de su padre, y los hermanos de su padre perciben *in capita* una parte igual á la que el grupo de representación recibe; así ha querido que sucediese cuando concurran á una herencia hijos naturales con los hijos de algún hijo natural premuerto.

En una palabra, este art. 940 no hace más que aplicar á los hijos naturales las teorías expuestas en el art. 934, para los hijos legítimos; extender al parentesco puramente natural los beneficios de la representación, aplicando ésta á casos análogos al parentesco legítimo, lo cuál no puede ser más equitativo y

justo; y en relación se halla con lo establecido en los arts. 932 y 933 de este mismo Código.

El Proyecto de Código de 1851, y el art. 949 del Proyecto de 1882, contenian preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 759 del Código de Francia, 748 del de Italia, 759 del de Bélgica, 1990 del de Portugal, 970 del de Guatemala, en que se determina que los beneficios establecidos pora los hijos ilegitimos, si estos hubieran premuerto, podrán ser reclamados por los hijos y descendientes que dejasen con derecho de heredar; el Código de Uruguay, después de hacer ver en el apartado último de su art. 991, que el hijo natural de padre y madre hereda igual porción que el legitimo, previene en su art. 992, que todo se entiende sin perjuicio del derecho de representación; y el art. 3864 del Código de México, lo mismo que los arts. 3595 del de la Baja California, y 3864 del de Campeche, preceptúan que los descendientes de los hijos naturales y espúreos no gozan el derecho de representación, sino cuando son legitimos ó legitimados.

El art. 3583 del Código de la República Argentina, prescribe que los derechos hereditarios del hijo natural se transmiten por su muerte á sus descendientes por el derecho de representacióe, lo cuál está en perfecta concordancia con el art. 941 de nuestro Código, que viene á complementar el desarrollo de los principios expuestos en este art. 940 que al presente comentamos.

Art. 941. Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural ó legitimado en los dos anteriores artículos, se transmitirán por su muerte á sus descendientes, quienes heredarán por derecho de representación á su abuelo difunto.

Repitese en este articulo la misma teoria que en el anterior iniciada; y todo ello significa que el Código aplica á los hijos naturales y legitimados por concesión real, los mismos principios que á los hijos legitimos en cuanto á la representación, cuando concurran á la herencia con parientes naturales; lo cuál se veia ya en la Ley 9.ª de Toro, que corresponde á la 5.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novisima Recopilación; y en armonia se encuentra con lo establecido en los articulos 120, 843 y 924 al 926 de este mismo Código, muy especialmente con el 843.

El Proyecto de 1851, en su art. 778, propuso iguales reglas de derecho, y adoptadas por el art. 950 del Proyecto de 1882, han venido á formar el art. 941 que de nuestro Código comentamos; viendose las mismas concordancias en los modernos Códigos que las citadas en el articulo anterior, sin que puedan citarse otras, pues ya hemos dicho que en éste no se hace más que insistir en la misma tésis, toda vez que, si los hijos naturales al concurrir á la herencia con descendientes de otro hijo natural, hereda *in capita*, y estos *in stirpe*, evidente es que los derechos concedidos al hijo natural se transmiten á sus descendientes.

Art. 942. En el caso de quedar descendientes ó ascendientes legítimos, los naturales y legitimados sólo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los arts. 840 y 841.

Es lógico que así suceda; dada la preferencia de los descendientes y los ascendientes legitimos sobre los naturales y legitimados por concesión Real, no cabe duda que cuando juntos concurran á la herencia, los naturales percibirán la mitad de lo que le corresponda á cada hijo legitimo no mejorado, según prescribe el art. 840 de este mismo Código; y los hijos naturales reconocidos que concurriesen con ascendientes legitimos del causante, tendrán derecho á la mitad de la parte de la herencia, de que, caso de testar, hubiera podido disponer el finado á cuya sucesión concurren.

Está conforme el art. 942 que de nuestro Código nos ocupa, con lo que propuso el art. 775 del Proyecto de 1851, que vino á ser reproducido en el art. 951 del Proyecto de 1882.

La mayor parte de los Códigos modernos admiten la concurrencia á la herencia de los hijos naturales con los descendientes y con los ascendientes legitimos; por ello serian muchos los preceptos que como concordantes pudiéramos citar, pero señalaremos únicamente los más importantes: entre otros el Código de la República Argentina que en su art. 3579, preceptúa que si quedan descendientes legitimos, la porción correspondiente al hijo natural será siempre la cuarta parte de la del hijo legitimo. Para obtener esta parte se supondrá cuadruplo el número de hijos legitimos, y se agregará el número de los hijos naturales, haciendo luego tantas partes iguales cuantos hijos se hubieran supuesto; y hecha esa división cada hijo natural tomará una parte, y cada hijo legitimo percibirá cuatro de aquellas partes; despues el art. 3581 de aquel mismo Código, previene que, si quedasen ascendientes legitimos y viuda ó viudo, los ascendientes tomarán la mitad de la herencia para dividirla entre ellos por personas y la otra mitad se dividirá entre el viudo ó viuda y los hijos naturales, de manera que éstos percibirán una cuarta parte de la herencia.

Concuerda tambien con los arts. 757 del Código Francés; 744 y 745 del Italiano; 970 ya citado del de Guatemala; 3865 del de México; 3596 del de la Baja California y 3865 de Campeche; preceptuando estos tres últimos que cuando concurran descendientes legitimos ó legitimados con naturales reconocidos, la división se hará deduciendo la porción que corresponderia á los naturales si se hiciera por partes iguales, un tercio que acrecerá á la divisible entre los legitimos.

Art. 943. El hijo natural y el legitimado no tienen derecho á suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que lo haya reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado.

Se comprende bien la diferencia que establece este artículo entre el hijo natural y sus padres, y aquel y los hijos legítimos de éstos. Que la naturaleza imponga deberes á los padres respecto de sus hijos naturales, es muy lógico; que existan derechos y deberes mútuos y recíprocos entre esas personalidades que si no están unidas por la ley, lo están y muy extrechamente enlazadas por los vínculos de la sangre, eso es de buen sentido: y lo que está en el sentimiento general de las gentes, lo que invade la conciencia humana y se hace comprender y se comprende inconscientemente por todos, no necesita esplicación; pero esos dos séres que independientemente de su voluntad y contra la ley han nacido en tan diferentes condiciones, legítimo el uno, ilegítimo el otro, si bien bajo la esfera de la moral no puede menos de mirárseles con el carácter que la naturaleza los presenta, de hijos de la misma sangre, aunque la ley no les llame consanguíneos; el derecho no puede tener la misma contemplación moralista en este punto, no puede imponer deberes entre aquellas personas que por la ley no están unidas, y por ello el Código dice con razón filosófica, con razón de derecho, el hijo natural y el legitimado por concesión Real, no tienen derecho á suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó la madre que los haya reconocido, ni los parientes legítimos de determinada persona tienen derecho á la sucesión intestada del hijo natural de la misma persona.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 779, y el Proyecto de 1882, en su art. 952, proponían preceptos casi idénticos; y concordancias vemos en los artículos 756 y 766 del Código Francés, 980 del Código de Guatemala, 749 del de Italia, 756 y 766 del de Bélgica, 993 del de Chile, 3582 del de la República Argentina, 3880 del de México, 3623 del de la Baja California y 3880 del de Campeche; si bien estos tres últimos Códigos citados son en rigor contrarios al nuestro, pues lejos de rechazar la idea de que el hijo legítimo de una persona tenga derechos en la herencia del hijo natural de esa misma persona, dispone que á falta de hermanos legítimos sucedan los hermanos naturales, y á falta de éstos los expurios, unos y otros legalmente reconocidos; y á falta de ellos sus hijos, siendo legítimos: mientras que el Código Argentino no permite que el hijo natural herede jamás á los abuelos naturales ni á los hijos y parientes legítimos del padre ó la madre que lo reconoció; ni los abuelos naturales ni los hijos legítimos y parientes de su padre ó madre, tampoco heredan al hijo natural, siendo éste el verdadero concordante; y concordando ambos con la disposición de la Ley 12, tít. 13, Part. 6.ª, por virtud de la cual los hijos naturales no suceden á los parientes de la línea paterna, ni éstos á ellos, pero si á los parientes maternos y viceversa, sin que en este caso produzca efecto alguno la legitimidad, pues el natural más próximo en grado excluye al pariente legítimo más remoto.

Art. 944. Si el hijo natural reconocido ó el legitimado muere sin dejar posteridad legítima ó reconocida por él, le sucederá por entero el padre ó madre que le reconoció, y, si los dos le reconocieron y viven, le heredarán por partes iguales.

En este artículo se nota como en casi todos los de esta sección, que al tratar de los hijos naturales reconocidos y los legitimados, no se expresa como debe expresarse para evitar confusiones, que se refiere á los hijos legitimados por concesión real y no á los legitimados por subsiguiente matrimonio, pues éstos ya dijimos antes que se equiparan á los legítimos. Y hecha esta salvedad debemos mostrarnos muy conformes con lo que preceptúa el art. 944 que nos ocupa, pues según los principios que informan la sucesión intestada, nada más lógico y natural es que cuando el hijo natural reconocido muere sin sucesión legítima ó por él reconocida, debe ser su padre natural el que le suceda, y si le sobreviviesen el padre y la madre naturales y ambos le hubieran reconocido á él, los dos heredarle deben por iguales partes.

El Proyecto de Código de 1851, como el Proyecto de 1882, en sus respectivos arts. 780 y 953, proponían preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 765 del Código de Francia, 750 del Código de Italia, 991 del Código de Uruguay, 993 del Código de Chile, 973 del de Guatemala, 1994 del de Portugal, 3584 del de la República Argentina, 3479 y 3480 del de Campeche, 1131 del de Veracruz-Llave, 3616 y 3617 del de la Baja California, 765 del de Bélgica; siendo casi completamente iguales al nuestro los preceptos citados de los Códigos de Francia, Italia, Bélgica, Portugal, Guatemala y República Argentina; mientras que los de México, Baja California y Campeche, preceptúan que los ascendientes aun cuando sean ilegítimos, tendrán los derechos que se les concede en el cap. 4, tit. 2.º de su libro 4.º, siempre que hayan reconocido á los descendientes de cuya sucesión se trate y que: *Si el reconocimiento se verifica después que el descendiente ha heredado ó adquirido derecho á una herencia, ni el que reconoce ni sus descendientes tienen derecho alguno á la herencia del reconocido, y sólo pueden pedir alimentos que se les concederán conforme á la ley.*

Art. 945. A falta de descendientes naturales heredarán al hijo natural y al legitimado sus hermanos naturales, según las reglas establecidas para los hermanos legítimos.

Repetimos que aquí el legislador ha querido establecer análogas reglas para los hijos naturales que las sentadas para los hijos legítimos, y que fundándose en la equidad y en la justicia es indudable que tiene que admitirse esa analogía de situaciones, y obeciendo por lo tanto á identidad de principios deben á falta de ascendientes naturales, heredar al hijo natural y al legitimado por

concesión real, sus hermanos naturales, según las reglas establecidas para los legítimos; con lo cual se sienta una estrecha relación entre el artículo que al presente nos ocupa y los arts. 947 y 951 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 781, propuso uu precepto análogo en la esencia, y el Proyecto de 1882, en su art. 954, consignó una prescripción de la que parece copiada la que de nuestro Código comentamos al presente.

Concuerda con el art. 766 del Código de Francia, el 550 del de Vaud, 766 del de Bélgica, 993 del de Chile, 2002 del de Portugal, 991 del de Uruguay, 976 del de Guatemala, siendo de observar que algunas de estas disposiciones tienen su precedente en la Ley 5.ª, tít. 13, Part. 6.ª, y en el cap. 3.º de la Novela 118 de Justiniano.

SECCIÓN CUARTA

DE LA SUCESIÓN DE LOS COLATERALES Y DE LOS CÓNYUGES

Art. 946. A falta de las personas comprendidas en las tres secciones que preceden, heredarán los parientes colaterales y los cónyuges por el orden que se establece en los artículos siguientes.

Bajo esta sección cuarta se han comprendido precisamente los que en cuarto orden deben suceder *ab intestato*; y así como, por nuestra antigua legislación patria los colaterales entraban á heredar en tercer término *ab intestato*, hoy que por nuestro Código se consideran herederos forzosos los cónyuges, al introducirse esta novedad en el derecho general español se les ha equiparado á los colaterales, y en virtud de tal equiparación se les ha incluido entre los mismos en esta sección cuarta para heredar *ab intestato* después de los llamados á suceder en las tres secciones anteriores.

La línea colateral es, en efecto, por los afectos que á los comprendidos en ella unen, por el trato y la relación ordinaria, por la comunidad de intereses en fin, muy inferior á la línea recta descendente y ascendente; por ello no se le da cabida en la sucesión más que cuando no existen parientes dentro de la línea recta en sus dos manifestaciones descendental y ascendental. Y esto no es nuevo, pues ya la Ley 7.ª de Toro lo estableció así, y de la misma manera se consignó en la Novísima Recopilación. Mas este principio ni ha sido universalmente reconocido, ni ha dejado de sufrir sus vicisitudes, dominando unas veces en absoluto, desapareciendo otras su régimen por completo, y cambiando algunas el orden de inclusión en la concurrencia á suceder, según las épocas y las circunstancias.

En el pueblo romano llamados eran á la sucesión los hermanos juntamente con los ascendientes; en Aragón y Navarra se les da á los hermanos preferencia sobre los ascendientes; en Francia concurren los hermanos con los descendientes, con preferencia á los ascendientes, reservándoles únicamente la mitad de la ganancia á los padres cuando éstos son los que han sobrevivido á los hijos de quien se trata de heredar, si bien en este caso, cuando el superviviente fuera sólo uno de los padres, se reducirá á la cuarta parte aquella reserva. En Italia, también el derecho moderno reformó el antiguo derecho llamando á la sucesión intestada á los hermanos entre los ascendientes, y previniendo que unos y otros hereden *in capita* con tal que quede libre un tercio de la herencia para los padres. En Bélgica sucede lo mismo que en Francia; y en todos los Códigos modernos se ve bien significada la tendencia de colocar á los colaterales en situación análoga á la de los ascendientes; pero nuestro Código, más encariñado que los otros Códigos modernos con el derecho histórico, antepone á los colaterales no sólo á los descendientes y ascendientes legitimos, sino á los hijos naturales reconocidos, aun cuando anteriormente estos últimos concurrian á la herencia en cuarto lugar después de los parientes del cuarto grado ó sea tras de los hermanos, sobrinos, tios y primos.

En Cataluña heredan los hermanos juntamente con los ascendientes más bien por derecho romano que por derecho propio, aunque dá la coincidencia que la ley de Partida hacia idéntico llamamiento; pero de esto hemos de ocuparnos cuando tratemos de la sucesión intestada ante el derecho foral.

Queda, pues, sentado que desde la publicaeión de este Código ante el derecho común, los colaterales y los cónyuges concurren á la sucesión intestada en cuarto lugar, y queda sentado también que esto altera el espíritu de las leyes de Partida derogadas hoy, como lo fueron á la publicación de las leyes de Toro y sostenida ha estado su derogación por las leyes recopiladas.

Tanto el Proyecto de 1851 en su art. 767, como el Proyecto de 1882 en su artículo 955, propusieron preceptos iguales; y concordancias tiene el articulo que de nuestro Código comentamos con los arts. 2000 de Portugal, 750 y 767 del de Francia, 741 y 753 del de Italia, y 750 y 767 del de Bélgica: debiendo hacerse presente que de estos Códigos anteriormente citados, los de Francia y Bélgica colocan á los hermanos y descendientes de estos después de los descendientes del finado, á quien se trata de heredar, con exclusión de los ascendientes y colaterales (art. 750); y al cónyuge superstite no divorciado que sobreviva al difunto, lo llaman á la sucesión después de los demás parientes y hasta detrás de los hijos naturales, y sólo les coloca en penúltimo término, pues tras de ellos viene el Estado á incautarse de la herencia. mientras que el art. 741 ya citado del Código de Italia llama á los hermanos del difunto cuando no haya dejado éste hijos, padres ú otros ascendientes, y les hace heredar *in capita*, heredando sus descendientes por estirpes: y ese mismo Código Italiano en

su art. 753, previene que cuando el esposo difunto deje hijos legítimos, tendrá el otro cónyuge sobre su herencia el usufructo de una porción hereditaria igual á la de cada hijo, reputándose al efecto dicho cónyuge en el número de los referidos hijos.

Concuerda también con los arts. 954 del Códtgo de Guatemala, 989 del de Uruguay, que coloca en tercer término, ó sea después de los descendientes y ascendientes, á los hermanos legítimos, su cónyuge, hijos naturales y adoptivos; como concuerdan igualmente el art. 990 del Código de Chile, y el 3585 del de la República Argentina, si bien éste coloca al viudo ó viuda en el tercer orden de sucesión y á los colaterales en quinto lugar, ó sea después de los descendientes, ascendientes, viudo ó viuda é hijos naturales.

El Código de Campeche en su art. 3875, el de la Baja California en su artículo 3618 y el de México en su art. 3875, preceptúan que á falta de descendientes, ascendientes y cónyuges la ley llama á la sucesión á los colaterales dentro del octavo grado; mientras que el Código de Veracruz-Llave en su art. 1133, llama á la sucesión *ab intestato* al cónyuge superstite en la calidad y de la manera que establece la Sección 5.ª del capituló 6.º, titulo 1.º de su libro 3.º, donde se le llama en el cuarto orden de suceder, con preferencia á los colaterales, pues estos son llamados à dicha herencia *ab intestato* según el art. 1134 del mismo Código, á falta de descendientes, ascendientes y cónyuge.

Art. 947. Si no existieren más que hermanos de doble vínculo, estos heredarán por partes iguales.

Tambien es perfectamente lógico lo que consigna este articulo, sino existen más que hermanos de doble vinculo, los existentes han de heredar al finado por iguales partes.

Esto es incóncuso; este es uno de los preceptos que no necesitan esplicación porque se comprende con su simple lectura; por que se asimila de tal manera cada uno de los conceptos que envuelve, que aunque quisiera uno intencionalmente creer lo contrario, no podría darse idea de la existencia de un precepto que pusiese en duda y mucho menos que contradigese la regla de acción que se prescribe en el que nos ocupa, de cuyas palabras materialmente leidas, nace el mandato, pero un mandato que la conciencia dicta y del cual nace un derecho que parece que cualquiera lo conocía y sabia tenerlo antes de leer el tal precepto.

La Novela 118, cap. 3.º en el derecho Romano, establecía tal regla de acción que vióse confirmada en nuestra patria por la mayor parte de las leyes que regularon esta materia, si bien la Ley 4.ª, tit. 5.º, lib. 4.º del Fuero Juzgo y la Ley 12, tit. 6.º, lib. 3.º del Fuero Real, no admitian en la sucesión á los hermanos cuando existian ascendientes, mientras que la Ley 5.ª, tit. 13, Partida 6.ª, sometiéndose extrictamente al derecho romano, ordenó que á falta de

descendientes legítimos, concurriesen á la sucesión juntamente con los ascendientes los hermanos y los sobrinos, heredando los primeros ó sean los ascendientes por línea, los hermanos *in capita* y los sobrinos *in stirpe*.

El artículo que comentamos que en relación se halla con el art. 920 de este Código, concuerda con el 752 del de Francia, párrafos primeros de los arts. 740 y 741 del de Italia; 2001 del Código de Portugal; 955 del de Guatemala; párrafo primero del art. 1135 del Código de Veracruz-Llave; 989 del Código de Uruguay; 3585 del Código de la República Argentina ya citado; 3876 del Código de México; 3619 del de la Baja California y 3876 del de Campeche.

Art. 948. Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpe.

Es de buen sentido lo que preceptúa este artículo, pero debe entenderse que al consignar el legislador entre comas precisamente las frases *hijos de hermanos de doble vínculo*, se refiere á que esos sobrinos que concurren con los hermanos del finado no han de ser hijos de padre ó de madre, sino hijos de padre y madre, ó sea hermanos germanos ó de doble vínculo, pues de lo contrario estarían comprendidos en el artículo siguiente; y evidente es que según los principios generales del derecho, ha de sentarse como regla de acción que cuando concurren á la herencia de una persona los hermanos del finado y sus sobrinos carnales, los primeros deben heredar *in capita* y los segundos ó sea los hijos de hermanos de doble vínculo, heredarán por estirpe ó en representación de su padre.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 768, apartado segundo, y el de 1882, en su art. 957, propusieron preceptos análogos: precedentes se encuentran en la Novela tantas veces citada, en la Ley 5.ª, tít. 13, Part. 6.ª, en las Leyes 6.ª y 7.ª de Toro ó sea la Ley 2.ª, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación cuyas disposiciones todas como la que de nuestro Código comentamos en relación están con los arts. 920, 924, 925 y 926 de este mismo Código, concordando con el artículo anteriormente citado del Código de la República Argentina; el 732 y párrafo penúltimo del 740 del Código de Italia; 742 y 750 del de Francia; 954 del de Guatemala; 983 del de Uruguay; 3878 del de México; apartado segundo del art. 1135 del de Veracruz-Llave; 3621 del de la Baja California; 3878 del de Campeche; 1982 del de Portugal; 2041 del de Sajonia, 903 del de Holanda en relación con el 893; 990 del de Chile en relación con el 985 y otros.

Art. 949. Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquellos tomarán doble porción que estos en la herencia.



Pocas palabras bastarán para explicar el porqué del precepto de este artículo, pues el asunto es sencillo de suyo. En los hermanos germanos ó de padre y madre, concurre la circunstancia, de que si derecho tienen los hijos á los bienes de los padres, ese derecho les corresponde sobre los bienes y derechos de sus dos progenitores; mientras que siendo hermanos de padre (consanguineos), ó de madre (uterinos), sólo debieran tener derechos á los bienes de aquel de quien proceden: por consiguiente, el Código, lógico por demás, en los casos en que no se conozcan qué bienes son de cada uno, en el caso de verdadera confusión de bienes, no ha podido menos de establecer que, concurriendo á una herencia hermanos germanos de padre y madre, ó de doble vinculo, con medio hermanos, hermanos de padre ó madre, consanguíneos ó uterinos, participen los primeros de la herencia en una porción doble que los segundos.

El Proyecto de Código de 1851, en el tercer apartado del art. 768, y el Proyecto de 1882, en su art. 958, propusieron preceptos idénticos.

Precedentes histórico-jurídicos son los ya expuestos al comentar el anterior artículo de nuestro Código.

Concuerda con varios Códigos extranjeros, y entre ellos con los arts. 3877 del de México, 741 del de Italia, 955 del de Guatemala, 990 del de Chile, 989 del de Uruguay, 2001 del de Portugal y otros; viéndose alguna analogía en el art. 752 del de Francia, en igual artículo del de Bélgica y 493 del de Prusia; puesto que dividen los bienes en ambas líneas, y los hermanos de doble vínculo heredan en las dos, mientras que los de vínculo sencillo heredan solo en la línea que pertenecen. El art. 3877 del Código de Campeche, como el ya citado de México y el 3620 del de la Baja California previenen que, si concurren hermanos enteros con medio hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos. El Código de la República Argentina, en su art. 3586, preceptúa que: *el hermano de padre y madre excluye en la sucesión del hermano difunto, al medio hermano ó que lo es sólo de padre ó madre;* pero esto que algunos publicistas citan como concordancia de nuestro art. 949, realmente no lo es, porque en la concurrencia de hermanos germanos y de vínculo sencillo que conduce á la herencia de otro hermano, parece natural que los de doble vínculo le hereden en lo que procede del padre y de la madre, mientras que los sencillos solo deberían ser llamados á heredarle en lo que por la línea de su común procedencia le correspondiese, como sucede cuando concurren á la herencia de los padres hijos de doble vínculo y de vínculo sencillo. De todos modos encontramos más lógicos, justos y equitativos que otros Códigos, el nuestro, el de México, el de Campeche y el de la Baja California.

Art. 950. En el caso de no existir medio hermanos, unos por parte del padre y otros por la de la madre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes.

También es perfectamente lógico y justo el artículo que acabamos de consignar, dictado indudablemente como regla de equidad para cuando no se conocen cuales son los bienes del padre ó de la madre de cada uno de esos hermanos de vínculo sencillo ó medio hermanos. Divídense los bienes entre todos ellos que heredan por partes iguales sin distinción alguna; y no otra cosa puede suceder porque en idéntico caso se encuentran.

El Código de la República Argentina, en su art. 3587, preceptúa que: *si el difunto no deja hermanos enteros, ni hijos de éstos, y sí solo medio hermanos, sucederán éstos de la misma manera que los hermanos de ambos lados, y sus hijos sucederán al hermano muerto;* mientras que los arts. 3876 del de México, 3619 del de la Baja California y 3876 del de Campeche, prescriben en perfecta conformidad los tres, que si sólo hay hermanos legítimos por ambas líneas sucederán por partes iguales; y análogos preceptos se ven en el apartado 2.º del art. 989 del Código de Uruguay, en los Códigos Bávaro y Prusiano, último apartado del art. 753 del Código de Francia, é igual disposición del Código Belga, y en el art. 1137 del Código de Veracruz-Llave.

Algunas de nuestras antiguas leyes, como la 4.ª, tít. 5.º, lib. 4.º del Fuero Juzgo, la 12, tít. 6.º, lib. 3.º del Fuero Real, y la 6.ª, tít. 13, Part. 6.ª, ordenaron que se atendiese á la procedencia de los bienes, ó sea á las líneas, adjudicándoseles á los consanguíneos los bienes que procedían del padre, y á los uterinos los que se derivaban de la madre, en lo cual nuestra anterior legislación se separó de las leyes romanas, toda vez que en la Novela 118 de Justiniano desapareció toda diferencia entre agnados y cognados, disponiendo que todos heredasen por iguales partes; y el Código que comentamos, viendo sin duda un medio de fraternizar más y más en la familia, y siguiendo las prescripciones que tanto el Proyecto de 1851 como el de 1882, propusieron en sus respectivos artículos 769 y 959, restableció el derecho romano, cuyas teorías han adoptado la mayor parte de las legislaciones extranjeras.

Art. 951. Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas ó por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo.

Está fuera de toda duda que los hijos de medios hermanos sucederán por cabezas ó por estirpes, según los casos, del mismo modo y bajo las mismas reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo; sin que nada acerca de esto pueda explicarse porque es claro en extremo y explicado queda al tratar del doble vínculo.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 770, propuso prescripción semejante, y en iguales principios se informó el art. 960 del Proyecto de 1882, de donde parece en parte copiado el artículo que comentamos; y decimos co-



piado en parte, porque los expresados Proyectos hacian extensiva la representación no sólo á los hermanos sino á sus descendientes.

En el art. 3881 del Código de México, como en los arts. 3624 del de la Baja California y 3881 del de Campeche, se previene que, los hijos de los medio hermanos gozarán el derecho de representación, y sucederán en la parte que les corresponda, ya estén solos, ya concurran con sus tios. Esto demuestra que no es exacto lo que cierto publicista asegura, pues hay más de un Código extranjero que hace declaraciones sobre el particular; y el Código de Veracruz Llave, en su art. 1138, determina que: *los hijos y los descendientes de los medio hermanos gozan del derecho de representación y en tal virtud heredarán lo que les corresponda, ya estén solos, ya con igualdad de circunstancias, ya concurran con sus tios.*

Art. 952. A falta de hermanos y sobrinos, hijos de estos, sean ó no de doble vínculo, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no estuviese separado por sentencia firme de divorcio.

Opiniones varias se han manifestado acerca del precepto de este articulo, y ya antes de la publicación del Código se divisaba esa variedad de pareceres en los Proyectos de 1851 y de 1882, en cuyos respectivos arts. 771 y 963 no habia gran conformidad, sino que por el contrario el art. 771 del primer Proyecto con el que está más en relación el art. 954 de nuestro Código, siguiendo los precedentes de las leyes romanas y de nuestras antiguas leyes patrias, llamaba á los demás colaterales con preferencia al cónyuge *superstite*, concedia al viudo ó viuda una porción herencial en concurrencia con toda clase de parientes, variando de cuantia tal participación según los parientes con quienes concurria el cónyuge; asi era del quinto cuando concurria con un descendiente; de un cuarto cuando concurria con algún ascendiente, y de un tercio al concurrir con cualquier otro pariente; y aquellas participaciones se les adjudicaban en plena propiedad al viudo ó viuda, mientras que nuestro Código sólo les otorga el derecho de usufructo, cargado sobre la parte de la herencia de disposición libre, según preceptua el art. 836 de este mismo Código.

Llamados fueron por la ley de 16 de Mayo de 1835 los cónyuges á la sucesión intestada después de los parientes colaterales de cuarto grado y de los hijos naturales y su descendencia, (pero antes que los parientes de quinto grado), mientras hoy se les concede el usufructo, que llegar puede hasta la mitad de la herencia sin que baje de una parte igual á lo que por legitima corresponda á cada uno de los hijos ó descendientes no mejorados, según que el causante dejase ó no descendientes legitimos.

El art. 952 que de nuestro Código comentamos, tiene perfecta relación

con los arts. 73, 74, 834 al 837 especialmente, 912 al 914 y 920 del mismo Código, y concuerda con varios preceptos contenidos en diferentes códigos extranjeros, principalmente con los arts. 767 del Código de Francia, 721 y 753 del de Italia, 767 del de Bélgica, 988 y 994 del de Chile, 988, 989 y 993 del de Uruguay, 2003 del de Portugal, 3894 y 3888 del de México, 3627, 3629 y 3630 del de la Baja California, 3884 y 3888 del de Campeche, 1045 del de Colombia, 2057 del de Sajonia, y 3570 del de la República Argentina; preceptuando este último que si han quedado viudo ó viuda é hijos legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión la misma parte que cada uno de los hijos, con lo cual están conformes casi todos los códigos americanos.

Art. 953. En el caso de existir hermanos ó hijos de hermanos, el viudo ó la viuda tendrá derecho á percibir, en concurrencia con estos, la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el art. 837.

Repítese aquí lo anteriormente expuesto; y siguiendo los principios establecidos en general para la sucesión, viene á sostenerse que cuando el viudo ó la viuda concurren á la herencia con hermanos ó sobrinos carnales, tienen derecho á percibir el usufructo de la mitad de la herencia ó sea el que le otorga el art. 837 de este mismo Código cuando el causante no dejare descendientes ni ascendientes. Es decir, que en uno y otro caso el viudo y la viuda gozan del usufructo de la mitad de la herencia, si bien el art. 837 se refiere al deber que el testador tiene de reservar en su caso el usufructo de la mitad disponible de su herencia para el cónyuge superviviente; mientras que el art. 953 que comentamos se refiere á la concurrencia del cónyuge *superstite* ó sea del viudo ó viuda á una herencia en que no existiendo descendientes ni ascendientes del intestado acude precisamente á ejercitar sus derechos con hermanos ó sobrinos carnales del finado.

Poco ó nada puede decirse de los precedentes de este artículo, pues todos ó la mayor parte de los que corresponder pudieran á éste como á los demás de esta sección, son los anteriormente indicados. El Proyecto de Código civil de 1882, en su art. 964, propuso preceptos análogos; y concordancias vemos en el art. 754 del Codigo de Francia, si bien allí se le concede sólo el usufructo de una tercera parte de los bienes que no herede en propiedad; mientras que el art. 753 del Código de Italia, preceptúa que cuando el esposo difunto deje hijos legítimos, tendrá el otro cónyuge sobre su herencia el usufructo de una porción hereditaria igual á la de cada hijo, reputándose al efecto dicho cónyuge, en el número de los hijos, etc., etc.; y el art. 754 del mismo Código, prescribe que si no hubiese hijos legítimos, pero si ascendientes ó hijos naturales, hermanos ó hermanas, ó descendientes de éstos, el tercio de la herencia se dará

en propiedad al esposo *superstite*. También concuerda con el art. 3572 del Código de la República Argentina en cuyo precepto se previene que si no han quedado descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan reciprocamente, excluyendo á todos los parientes colaterales, salvo los derechos de los hijos naturales; mientras que los arts. 3887 del Código de México y 3630 del Código de la Baja California, preceptúan que si concurriese el cónyuge con dos ó más hermanos tendrá un tercio de la herencia, y los otros dos tercios se dividirán entre los hermanos; y el art. 3888 del Código de Campeche prescribe que si el cónyuge que sobrevive concurriere con un solo hermano, dividirá con éste la herencia por partes iguales, pero si concurriere con dos el cónyuge tendrá un tercio de la herencia, y los otros dos tercios restantes se dividirán entre los hermanos.

De manera que se ve en la mayor parte de los Códigos modernos establecido como inconcuso, que no habiendo parientes en la linea recta, ni de los colaterales en grado suficiente para suceder, se heredan reciprocamente los cónyuges, mas cuando los hay no se hace declaración de derecho alguno en los Códigos de Francia, Holanda y Bélgica; en cambio en el Código de Nápoles se dá al cónyuge pobre una porción que no ha de exceder de la cuarta parte de las rentas de la herencia cuando falten hijos ó los hubiere en número menor de tres; pero si son más de cuatro, la porción se reduce á una parte viril; mientras que por el Código de Vaud, hereda el cónyuge la mitad de la herencia cuando no existen hijos. padres ó descendientes de estos, reduciéndose su porción á la cuarta parte cuando hubiere alguno de ellos: y en el Código de Luisiana se determina que si la mujer fuese pobre ó no hubiera aportado más que una corta dote al matrimonio, y el marido fuese rico, cuando quedare viudo el más necesitado podrá tomar una cuarta parte de la propiedad del otro, gozando además del usufructo en otra cuarta parte cuando no queden sino tres hijos; pero si quedaren más de tres hijos, el cónyuge superstite sólo tendrá derecho á una parte en usufructo igual á la de un hijo, y se le imputará en ella lo que el finado le hubiere legado; en lo que parece haberse querido seguir las inspiraciones de la Ley 7.ª, tit. 13, Part. 6.ª, puesto que disponia que: *la viuda pobre e indotada, sucede al marido, maguer haya fijos, en la plena propiedad, fasta la cuarta parte de sus bienes, sin que esta pueda exceder del valor de cien libras de oro*; pareciendo también haber imitado algún tanto el Código de Luisiana, á lo que se preceptuaba en el cap. 5.º de la Novela 117, pues según ésta, la viuda pobre é indotada, cuando le quedaban tres ó menos hijos, debia gozar del usufructo en la cuarta parte de los bienes del marido, pero si los hijos fuesen cuatro ó más, el usufructo se reducia á una parte igual á la porción que en propiedad cada hijo debia percibir; y en defecto de hijos y descendientes, por virtud de aquella misma Novela, la viuda debia heredar en propiedad la cuarta parte de los bienes herenciales aunque quedaran ascendientes y hermanos.

En cambio, el viudo pobre no gozaba de este beneficio hasta que se dió la Constitución 22 del Emperador León, en la cual se concedió al viudo ó viuda con hijos, que no vuelva á casarse, la sucesión de una parte viril y en propiedad igual á la que heredan los hijos con quienes debía concurrir por dicha prescripción.

También el Código de Sajónia, en su art. 2052, viene á conceder al viudo ó viuda que concurre á la herencia con hermanos ó descendientes del cónyuge premuerto, una mitad de los bienes hereditarios; y por más que algunos publicistas aseguren que no tiene en esta materia, nuestro Código, verdaderos concordantes con los extranjeros, bien puede verse por lo que acabamos de exponer, cuan inexacta es dicha asevéración.

Art. 954. No habiendo hermanos ni hijos de hermanos, ni cónyuge superstite, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes colaterales.

La sucesión de éstos se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.

En este artículo, que en relación está con los arts. 912, 914 y 916 al 920 de este nuestro Código, se viene á cerrar, por decirlo así, el orden de sucesión entre los parientes, llamando á esa sucesión para cuando falten los anteriormente indicados á los demás parientes colaterales, sin que se haga distinción de líneas en tal caso, ni se establezca diferencia por razón del doble vínculo entre los referidos colaterales. Y esto no es nuevo, pues aun cuando nuestro Código nos lo presente de cierta manera, y dando al cónyuge viudo derechos que anteriormente no le reconocían nuestras antiguas leyes pátrias, es lo cierto que precedentes del artículo que comentamos, se encuentran en las leyes 10, tít. 2.º, lib. 4.º del Fuero Juzgo; 1.ª, 11 y 13, tít. 3.º del Fuero Real; 6.ª, tít. 13, Part. 6.ª, y en la Ley de 16 de Mayo de 1835, sin más diferencia esencial que por nuestro antiguo derecho, los colaterales hasta dentro del cuarto grado heredaban antes que el cónyuge superstite; mientras que hoy se le ve á éste heredar conjuntamente con todos los colaterales.

Los Proyectos de Código Civil de 1851 y de 1882, en sus artículos respectivos 771 y 961, propusieron preceptos análogos; y vemos concordancias en los arts. 753 del Código de Francia, 742 del de Italia, 753 del de Bélgica, 992 del de Chile, 1139 del de Veracruz-Llave, 957 del de Guatemala, 2004 del de Portugal, que casi es igual al nuestro, si bien en el de Portugal se comprende bajo un mismo artículo, no sólo el orden de sucesión, sino el grado hasta que ésta alcanza, extendiéndolo hasta el décimo; mientras que nuestro Código expone lo procedente respecto del grado en el siguiente artículo, ó sea en el 955, en que lo limita al sexto grado.

También concuerda con el art. 3585 del Código de la República Argentina, con el 3882 del de México, 3625 del de la Baja California, 3882 del de Campeche, 992 del de Chile, 1049 del de Colómbia, y 2042 del de Sajónia.

Art. 955. El derecho de heredar abintestato no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en línea colateral.

Hemos hecho ya alguna indicación en el artículo anterior de lo que este artículo prescribe; y á diferencia de otros Códigos modernos que señalan el duodécimo grado como Francia, Holanda y Bélgica; de otros que señalan el décimo grado como el de Vaud, Uruguay, Italia, Austria y Portugal; otros, los menos, como el de Guatemala el cuarto; otros como el de Veracruz-Llave, el de México, el de la Baja California y el de Campeche, el octavo; nuestro Código, de la misma manera que los de Chile, Prusia, la República Argentina y otros, extiende solo al sexto grado aquel dentro del cual debe concurrirse á la sucesión intestada: y, aunque algunos publicistas rechazan esta limitación de grado por conceptuarla demasiado beneficiosa para el Estado, en perjuicio de los parientes, no puede menos de sostenerse la tesis sustentada por el artículo que comentamos, por cuanto, racionalmente pensando, se ha de suponer, dada la presunción del afecto en que se funda el abintestato, ó sea el cariño que el finado tuviese á sus parientes, que mal podia creerse que un pariente quiso dejar sus bienes á personas que desconocía, y respecto de las cuales ignoraba tuviesen con él semejantes vínculos de parentesco; y como la presunción en que se ha basado la sucesión intestada, es precisamente la de suponer que, de haber otorgado testamento la persona que murio intestada, hubiera dispuesto de sus bienes respondiendo á los sentimientos naturales de familia en favor de las personas que le estaban intimamente ligadas por vínculos de que no puede prescindirse, como son los de la sangre, bajo este concepto la ley se encarga de colocarlos en la misma situación qué el testador los hubiera colocado; de aquí el que pueda conceptuarse bastante extensivo el sexto grado de parentesco en la computación civil, que es la que en estos asuntos tiene aplicación, pues más allá de tal grado difícil es que el afecto hubiera de inclinarse á la transferencia de los bienes herenciales en favor de personas que casi nada de común tenian con el causante más que lo que de común tiene la humanidad entera.

La misma diversidad de opiniones que vemos en los diferentes Códigos modernos indicados, se vió dentro de nuestra patria en las diferentes disposiciones legales que regularon la sucesión intestada, pues la Ley 7.ª, tit. 1.° y la Ley 11, tit. 2.° del lib. 4.° del Fuero Juzgo, señalaron el séptimo grado, mientras la Ley 6.ª, tit. 13, Part. 6.ª, extendió la sucesión hasta el décimo grado, reduciéndola al cuarto la Ley 3.ª, tit. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

Más vino luego la tantas veces citada Ley de 16 Mayo de 1835, extendiéndola hasta el décimo grado, y en tal situación se colocó tambien el art. 772 del Proyecto de Código de 1851, pero creyendo sin duda exagerada la extensión que tal proyecto proponia, la comisión de códigos al redactar el último Proyecto ó sea el de 1882, prescindió de lo expuesto en aquel que conforme aparecia con lo dispuesto en la Novela 118 de Justiniano y en la Ley 6.ª, tit. 13. Part. 6.ª antes citada, y señaló el sexto grado como el máximum de la extensión para concurrir á la herencia intestada con lo cual pareció conformarse dicha comisión al redactar el articulo que de nuestro Código nos ocupa; y no habiendo sido impugnado tal precepto por los cuerpos colegisladores, sancionado que fué por la Corona, se erigió en ley tal disposición desde que este Código fué publicado y promulgado, rigiendo desde luego á los efectos legales.

En relación armónica el articulo que nos ocupa, con los arts. 915 al 917 de este mismo Código, concuerda con lo que se preceptúa en los arts. 755 del Código de Francia, 742 del de Italia, 755 del de Bélgica, 637 del de Prusia, 540 del de Vaud, 751 del de Austria, 957 del de Guatemala, 990 del de Uruguay, 772 y 992 del de Chile, 2005 del de Portugal, 3875 del de México, 3618 del de la Baja California, 3875 del de Campeche, 908 del de Holanda, 3585 del de la República Argentina, 1140 del de Veracruz-Llave, 2026 y 2043 del de Sajonia, 1049 del de Colombia y otros.

SECCIÓN QUINTA

DE LA SUCESION DEL ESTADO

Art. 956. A falta de personas que tengan derecho á heredar conforme á lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado, destinándose los bienes á los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita, por el orden siguiente:

1.° Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto.

2.° Los de una y otra clase de la provincia del difunto.

3.° Los de beneficencia é instrucción de caracter general.

Esta sección quinta se ocupa de la sucesión del Estado, dedicando á ella tres articulos, de los cuales el primero puede considerarse como el génesis fundamental de toda la teoria á que la misma sección se refiere; teoria de la cual mucho podria decirse y mucho se ha expuesto por notables publicistas, sin que haya podido expresarse la última palabra, toda vez que envuelve una cuestión compleja de importancia suma y que no es propia exclusivamente del derecho

civil privado, ni puede equipararse con el derecho individual á la sucesión particular, ya que se deja traslucir en la sucesión del Estado un algo en el orden político social que le dá un carácter especialisimo, y acerca del cual no es fácil determinar en definitiva y de un modo concreto en lo esencial lo más equitativo y lo más justo,

Se ha querido comparar por algunos escritores el Estado á la familia con relación á la sucesión, en manera tal, que se ha negado el carácter de supletoria que esta sucesión tiene, no comprendiendo bien, indudablemente, ni la fuerza de la palabra supletoria ni las diferencias que entre el pariente y el Estado debe haber para ser llamado á la sucesión. Bien sabemos que el amor patrio es el mayor de los entusiásmos y hasta si se quiere la mayor de las obcecaciones, y hasta estamos conformes en que se le llame el mayor de los amores, por cuanto por él se han privado algunos del amor filial, dispuestos á sacrificar en aras de la patria los más puros y preciados afectos de los más queridos hijos; pero aun cuando no quisiéramos prescindir de que son escasos ya los Guzmanes que se presentan en la historia de los pueblos civilizados, y aunque viéramos hoy en la fria práctica de los más naturales acontecimientos esos heróicos é inverosimiles hechos que nos presenta la historia, no podriamos jamás encontrar en ello bastante fundamento para que pueda asegurarse que el Estado viene á la sucesión intestada de un ciudadano con el mismo derecho y bajo las mismas consideraciones que un hijo de este mismo ciudadano. Esto es un absurdo. Y es un absurdo doblemente utópico por cuanto las grandes concepciones no se empequeñecen bajo el miserable aspecto de la percepción de una herencia más ó menos cuantiosa, y la idea de la patria es algo más sublime y algo más grande que eso que sujetarse quiere al derecho de percibir lo que los ciudadanos dejaron á su muerte. La idea de la patria innata en el hombre, que entusiasma al niño desde que nace, que crece y se desarrolla con más fuerza, á medida que es mayor el crecimiento y desarrollo del que en su corazón la alberga, no dependen de un pedazo de herencia, sino que elevándose á las esferas de la ideologia, es grande siempre, mucho más grande á veces en la miseria y en los sufrimientos, que en los momentos en que se dejan montones de oro para demostrar el cariño que á la patria se tiene. El Estado pues, no sucede en la herencia de persona alguna por los mismos motivos que los hijos y los demás parientes; hereda por no haber personas que con vinculos sagrados estén unidas al que falleció intestado; hereda porque no puede menos de heredar, porque de no heredar el Estado, la herencia yacente sería del primer ocupante, y sobre el desorden que produciria el expoliaje, éste seria antieconómico; como seria anti-económica la acumulación de esas herencias en el Estado.

Por esto nuestro Código, sin atender á motivos de distinto orden que los que ante la filosofia del derecho son pertinentes, preceptúa clara y terminan-

temente que, á falta de personas que derecho tengan á heredar conforme á lo dispuesto en las prescripciones anteriores del mismo, heredará el Estado, destinando aquellos bienes á los establecimientos de beneficencia é instrucción pública; atendiendo primero á los establecimientos de la beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del finado; después á los de la provincia; y en último término á los de beneficencia é instrucción de carácter general. Y esto que parecerá á algunos no tener su razón de ser, la tiene fundadisima, pues demuestra demasiado que el legislador comprende que los establecimientos de mayores necesidades y menos atendidos son los de los pueblos, y que por razón natural, el intestado, caso de haber dispuesto de sus bienes, es más lógico creer que hubiera dedicado un recuerdo á los establecimientos que conocía que no á los desconocidos.

Esto es más justo, más racional y más equitativo que lo que se determinaba por el derecho romano y nuestras antiguas leyes; pues aunque parezca lo mismo el Fisco en el sentido y del modo que sucedía, no era la misma personalidad que el Estado de hoy, ni tenía la misma representación que en el día, pues era sinónimo de la Cámara del Rey, según la Ley 6.ª, tít. 13, Part. 6.ª, ni significaba á que había de dedicarse lo heredado.

Declarábase heredero al Rey por la Ley 3.ª, tít. 5.°, lib. 3.° del Fuero Real; la Pragmática de 1676, transcrita después á la Ley 6.ª, tít. 2.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación, dispuso que pasaran al Fisco las herencias en que no había parientes colaterales dentro del cuarto grado; mas como fuese en extremo atentatorio al derecho de los parientes, hubo de derogarse por la ley de 16 de Mayo de 1835, restableciendo la ley de Partida, en virtud de la cual fueron llamados á la herencia los colaterales hasta el décimo grado, y solo cuando estos no existían sucedía el Estado.

Nuestro Código es el más lógico y prudente, no sólo porque fija una extensión racional á los llamamientos de los parientes á la sucesión, cual es el sexto grado entre colaterales, sino porque, respetuoso con la entidad Estado, á éste le designa como heredero, es decir á la representación social; y luego, para que la regla dada no resulte socialista, designa é individualiza las entidades populares entre quienes se han de distribuir los bienes herenciales. De manera, que aparece el Estado ante nuestro Código como un verdadero heredero de confianza, y como el amparo de los pobres entre quienes reparte los bienes que á personas naturales determinadas no pueden entregarse.

Vean nuestros lectores los Códigos modernos todos, y ninguno se encuentra en esta materia á la altura del nuestro. Ni el Francés en su art. 768, ni el de Italia en su art. 758, ni el de Bélgica en su art. 768, ni el de Luisiana en su art. 923, ni el de Vaud en su art. 551, ni el de Chile en su art. 995, ni el de Guatemala en su art. 957, ni el de Portugal en su art. 2006, ni el de Uruguay en su art. 996, ni los arts. 3891 del de México, 3634 del de la Baja California, 3892 del

de Campeche, ni el de la República Argentina en su art. 3588, han consignado preceptos tan expresivos como nuestro Código, pues el art. 956, que nos ocupa, lo prevée todo y evita toda dificultad, por más que algún publicista vea manera de suscitarlas suponiendo que el intestado puede tener dos domicilios, confundiendo lastimosamente el domicilio con la residencia, y con el punto en que se halle uno accidentalmente; y, vertiendo ideas que sólo sirven para confundir al que no tenga regulares y sólidos conocimientos en la ciencia del derecho, ataca despiadadamente lo que, lejos de hacerse acreedor de tales ataques, merece lauros y digno es de elogiarse.

El Código, al establecer el precepto que comentamos, ha prevenido que los bienes se dediquen en primer lugar á los establecimientos de beneficecia municipal y escuelas gratuitas del domicilio del difunto, y como la ley de Enjuiciamiento civil prefija ya cual es su último domicilio, y lo mismo en las leyes administrativas se determina lo que verdaderamente debe entenderse por domicilio, sin más que leer el art. 40 de este Código y los arts. 56 al 71 de la mencionada ley de Enjuiciamiento civil, bastará para comprender que no es fácil se susciten dificultades bajo tal concepto, por cuanto la prescripción que nos ocupa al último domicilio se refiere, y no á otro puede referirse. (Véanse los artículos 11 al 13 de la Ley de 2 de Octubre de 1877).

Respecto del caso de que hubiese varios establecimientos de los á que se refiere el número 1.° de este art. 956 en el último domicilio del finado, tampoco debe ofrecer dificultades, pues es lógico y justo que se distribuya entre todos ellos proporcionalmente á sus necesidades.

Y tampoco puede dar lugar á dificultades la diferente inteligencia que caprichosamente quiera darse á las palabras *beneficencia pública* y *escuelas gratuitas*, porque aunque, según el diccionario, pudieran confundirse estas frases con otra alguna, y aunque en nuestra legislación no se conociese lo que son establecimientos públicos y escuelas gratuitas de beneficencia é instrucción general, cosas que bien determinadas están por el lenguaje usual, por nuestras leyes y por el común sentir, como quiera que el Estado ha de ser el que ha de realizar la distribución de los bienes de que se incauta con arreglo á lo prevenido en el art. 958 de este mismo Código, de aquí el que no pueda caber equivocación alguna, porque sólo se verificará esa repartición entre los establecimientos que ese mismo Estado considera bajo el aspecto legal dentro de la nomenclatura técnica de tales establecimientos.

En perfecta relación el articulo que comentamos con los arts. 40, 746, 749, 912 al 914, 930, 921, 935, 939, 944 al 949 y 955 de este mismo Código, sólo diremos que estudiados todos ellos y armónicamente considerados, se complementan de manera tal que su estudio relacionado ha de facilitar cualquier resolución, y que no hubieran estado más en su lugar que estas prescripciones las que proponia el Proyecto de 1851 en su art. 783, y el de 1882 en su art. 956.

El Estado, realmente no es verdadero heredero ni sucesor en el sentido técnico de la palabra, porque él adquiere los bienes de un muerto, precisamente en virtud de un título que supone la carencia de herederos. En virtud del derecho de soberanía, el Estado adquiere los bienes sin dueño que se encuentran en su territorio, sean muebles é inmuebles, pues no se puede permitir que un Estado extranjero ejerza en nuestro territorio un acto de soberanía apropiándose bienes sin dueño conocido, y como al llegar al caso que nos ocupa todo vínculo entre la persona y la cosa relicta ha desaparecido por cuanto el finado no deja representante, de aquí el que no sea, como hemos dicho, el vínculo que al Estado pueda unir con el intestado la causa eficiente de este heredamiento, sino el tratarse ya de cosas *nullius* y el venir á ejercer el Estado el altísimo papel de benefactor y encargado de la distribución de esos bienes sin dueño entre los establecimientos benéficos.

Art. 957. Los derechos y obligaciones de los establecimientos de beneficencia é instrucción en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos.

Evidente es que quien adquiere derechos, contrae obligaciones; lo mismo las personas naturales que las jurídicas; y por lo tanto, nada más puede decirse, que lo que se consigna en este artículo. Decir más, explicar lo que en sí lleva su mejor explicación, sería confundir lo que claro está como la luz que nos alumbra en lo mejor del día.

No tiene tan gran analogía este precepto, con lo que proponía el art. 784 del Proyecto de 1851, como el art. 966 del Proyecto de 1882; y en perfecta relación se halla el que de nuestro Código nos ocupa, con los arts, 657 y 661, 993 y 994 del mismo.

Concuerda con los arts. 769 y 772 del Código de Francia, 997 del de Uruguay, 769 y 772 del de Bélgica, 2007 del de Portugal, 3589 del de la República Argentina, 3892 del de México, 3636 del de la Baja California, 2620 del de Sajónia, y otros varios.

Art. 958. Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos.

Natural y lógico es el precepto que este artículo contiene, que bien semejante aparece á lo que se prescribe en el apartado segundo del art. 3589 del Código de la República Argentina. El Estado, al incautarse de la herencia yacente, hacerlo debe con las formalidades legales, después de expresa declaración de carecer el finado de parientes que derecho tengan á sucederle,

y recibiendo los bienes del Juzgado correspondiente, bajo inventario. Parecidas disposiciones proponían los arts. 785 y 967 de los respectivos Proyectos de Código de 1851 y 1882; y, reconociendo como precedentes la Ley 45 de Toro ó sea la Ley 1.ª, tit. 24, lib. 11 de la Novísima Recopilación, concuerda con los preceptos de los arts. 770 del Código de Francia, 997 y 998 del de Uruguay, 770 del de Bélgica, 2008 del de Portugal, y otros; debiendo hacerse presente que en Francia piden la toma de posesión al Tribunal de 1.ª Instancia del distrito en el cuál haya de verificarse la sucesión, sin que pueda resolver dicho Tribunal tal petición hasta después de hacer tres publicaciones de edictos en la forma acostumbrada, y oir al Fiscal ó sea al Procurador general de la República, quien transmite á la Cancillería á su tiempo extracto del fallo recaido, según se previene en una Circular de 8 de Julio de 1806.

CAPITULO V

Disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él

SECCIÓN PRIMERA

DE LAS PRECAUCIONES QUE DEBEN ADOPTARSE CUANDO LA VIUDA QUEDA EN CINTA

Art. 959. Cuando la viuda crea haber quedado en cinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan á la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer ó disminuir por el nacimiento del póstumo.

Capítulo es este en el que se encierran las disposiciones comunes á las herencias testadas ó intestadas, y en el que ha de cerrarse la puerta á la transgresión de la Ley.

Empieza este capítulo por una sección en la que más cabe la deducción y la fortuna, que las reglas fijas que quieran darse, porque es realmente la materia de este capítulo la en que más fraude cabe, y en que más abusos se han cometido.

Móviles distintos guiaron indudablemente al legislador al redactar el precepto contenido en este art. 959: el salvar los intereses de un hijo póstumo que pudiera permanecer ignorado, y el prevenir la suposición de la existencia de

un hijo póstumo que realmente no tenga las condiciones de tal, y cuya suposición perjudicar pudiera á los legítimos herederos. Ya por la Ley 17, tít. 6.°, Partida 6.ª; se previno que cuando á la muerte del marido su viuda creyere quedar embarazada, debe ésta hacerlo saber á los parientes más próximos dos veces cada mes, pudiendo estos solicitar del Juez, que señale á la viuda una casa honesta donde sea guardada á vista y con las precauciones debidas, hasta el tiempo natural del parto; penando á la viuda que se resistiese á tales precauciones, con no dar participación en la herencia al hijo que naciere fuera del modo que la misma ley prescribe; pues bien, esta prescripción de la Ley de Partida, que conforme está con lo que preceptúa la Ley 3.ª, tít. 3.°, lib. 6.° del Fuero Real, ha venido á formar en parte, las prescripciones de los dos primeros artículos de esta sección.

La indefensión en que se encuentran los hijos póstumos, obliga á la Ley á defenderlos directamente; por esto la necesidad de tomar las medidas que se indican, el interés de los demás herederos testamentarios ó legítimos, aparece defendido con esas mismas precauciones, por más que ellos tengan fuerza y acción bastante para defenderse.

Parece tomado, el precepto de este artículo que comentamos, de los artículos 786 del Proyecto de 1851, y del 968 del de 1882; tiene perfecta relación con los arts. 28, 108 y 111 al 113 de este mismo Código; y concuerda con los artículos 3893 del de México, 3637 del de la Baja California, 3893 del de Campeche, 198 del de Chile, y 232 del de Colómbia.

Art. 960. Los interesados á que se refiere el precedente artículo, podrán pedir al Juez municipal, ó al de primera instancia donde lo hubiere, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto, ó que la criatura que nazca pase por viable, no siéndolo en realidad.

Cuidará el Juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni á la libertad de la viuda.

Al tratar de lo dispuesto en el artículo anterior, algo hemos dicho ya de esto: los interesados en que se haga luz y se patentice si la viuda está ó no en cinta pueden pedir al Juez Municipal ó al de primera instancia donde lo hubiere, que tome las medidas necesarias para evitar la suposición de parto ó que la criatura que nazca pase por viable no siéndolo realmente; más, esas medidas no han de atacar jamás al pudor ni á la libertad de la viuda, y esto es natural, pues las medidas indispensables para evitar un fraude no han de traspassar la esfera de la moral ni de la libertad de los demás en cuanto compatibles sean con los derechos de los otros.

Por elemental debe tomarse la medida, como la salvedad del decoro y

la libertad de la viuda, que debemos creer generalmente de buena fé, mientras otra cosa no se pruebe en contrario.

Principio fué generalmente admitido en todas las legislaciones, el de que la muerte del padre perjudicar no debe al hijo que nace después; por lo que han considerado al feto que continua adherido al claustro materno, no como una adherencia cualquiera, sinó como un ser vivo con capacidad para adquirir, y, naciendo viable, para trasmitir sus derechos, de lo cual se deduce la necesidad en que el legislador se encuentra de evitar todo género de fraudes, con los cuales podria pasar la herencia de unos á otros individuos, sin que llegara á ser cierta la existencia de la persona que se supusiere viva para adquirir y transmitir derechos.

Prevenía la ley 3.ª, tit. 6.°, lib. 3.° del Fuero Real, que se enviasen por el Alcalde, á solicitud de los parientes, dos mujeres buenas al parto de la viuda, que, con la partera asistieran con luz al acto para que diesen cuentas del alumbramiento ó de lo que sucediese; y segun la Ley 17, tit. 6.°, Part. 6.ª, era indispensable la asistencia de cinco mujeres buenas, en virtud del parte que al Juez ó al Alcalde se diera para que tomase las oportunas precauciones.

El Proyecto de 1851 en su art.° 787, solo proponia que los interesados solicitaran del Alcalde que se procediera con la mayor cautela, previsión y decoro á averiguar si era cierta ó no la preñez de la viuda al morir su marido, mientras que el Proyecto de 1882 en su art. 969, proponia que el Juez cuidase de que las medidas que dictare no ataquen al pudor ni á la libertad de la viuda, que es precisamente lo mismo que se consigna en el articulo que de nuestro Código comentamos.

Concuerda con los arts. 3894 y 3895 del Código de México, 3638 y 3639 del Código de la Baja California, 3894 y 3895 del Código de Campeche, 1148 y 1149 del Código de Veracruz-Llave; pues especialmente en los Códigos de México, Baja California y Campeche, se preceptúa que los interesados podrán pedir al Juez que se proceda oportuna y decorosamente á la averiguación de la preñez, pero aunque resulte cierta ésta ó los interesados no la contradigan, podrán pedir al Juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto ó que el hijo que nazca pase como viable no siéndolo en realidad.

Art. 961. Háyase ó no dado el aviso de que habla el art. 959 al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento de los mismos interesados. Estos tendrán derecho á nombrar persona de su confianza, que se cerciore de la realidad del alumbramiento.

Si la persona designada fuese rechazada por la paciente, hará el Juez el nombramiento, debiendo este recaer en facultativo ó en mujer.

Dada la necesidad de utilizar las medidas preventivas, era también necesario adoptar las precauciones necesarias para evitar que en el acto del parto hubiese alguna suplantación; y, aun cuando sea duro el dar intervención en ciertos actos á personas estrañas, es inevitable para estos casos, pues de lo contrario podría acaecer que fallecido un hijo póstumo al nacer, se sustituyera con otro al efecto de disfrutar la madre de los bienes sobre los cuales verdaderamente tendría derecho el póstumo si hubiera vivido: así es que tanto las leyes romanas como las de nuestro Fuero Real y las Partidas, preveyeron el caso autorizando á los parientes para que nombrasen personas que presenciaran el alumbramiento, si bien éstas debían ser del sexo femenino y debían acudir en número de cinco según la ley de Partida; de manera que la novedad que introduce nuestro Código, consiste en que no se prefija el número de personas que han de presenciar el alumbramiento, ni el sexo de esas personas, aunque se faculta á la viuda para rechazar las que creyere oportuno de las designadas por los parientes; si bien el Juez que es el que ha de decidir acerca de este punto deberá tener en cuenta que el decoro impide presencien el parto los hombres, á no ser con el caracter de facultativos.

El Proyecto de Código de 1851, en sus arts. 889 y 890, contenia preceptos que no fueron aceptados por el Proyecto de 1882, en el cuál su art. 970 propuso prescripciones muy semejantes á las que quedan consignadas en el art. 961 que comentamos, y que análogas son tambien á las prescripciones de los arts. 3896 y 3897 del Código de México, 3640 y 3641 del de la Baja California, 3896 y 3897 del de Campeche, en los que se previene que cuando el resultado de la averiguación fuere contrario á la certeza de la preñez y la viuda insista en que aquella es verdadera, podrá pedir al Juez que, con audiencia de los interesados, le señale una casa decente donde sea guardada, á vista y con todas las precauciones necesarias hasta que llegue el tiempo natural del parto, pudiendo los interesados pedir en cualquier tiempo, se repita la averiguación.

Art. 962. La omisión de estas diligencias no perjudicará la legitimidad del parto, la cual, si fuere impugnada, podrá acreditarse por la madre ó el hijo, debidamente representado.

La acción para impugnarla por parte de los que tengan este derecho, prescribirá en los plazos señalados en el art. 113.

Es evidente que al póstumo no deben irrogársele perjuicios de ningún género por la omisión de las diligencias anteriormente indicadas; y por ello, aun que la madre faltare á sus deberes, é incurriese en la responsabilidad que entraña el art. 483 del Código penal, si el hijo póstumo naciese con todas las condiciones que se determinan en el art. 30 de este Código Civil, que es un equivalente en lo esencial al art. 60 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, no po-

dría menos de prevalecer la legitimidad del parto, la cuál, caso de impugnación, podría acreditarse debidamente por la madre ó el hijo legalmente representado.

En caso de impugnación deberá tenerse en cuenta que hay que utilizar la acción correspondiente dentro del término de los dos meses siguientes á la inscripción, si se hallare el impugnante en el lugar del suceso, ó caso de ausencia se accionará precisamente dentro del plazo de tres meses desde dicha inscripción en el registro si residiese en España, y de seis meses si la residencia la tuvieren fuera, según previene el art. 113 citado por el que comentamos; cuyos términos para todas las posesiones españolas no son suficientes, ni mucho ménos están en relación con las distancias; pues sabido es que si bien puede haber facilidad para trasladarse de un punto á otro de la Península, no la hay del mismo modo para acudir á Filipinas ó á otro punto de nuestras posesiones ultramarinas, para cuyo arribo se necesitan los tres meses del término concedido ó poco menos.

El Proyecto de 1851, como el de 1882, en sus respectivos arts. 793 y 962, están conformes con lo que previene el art. 962 que de nuestro Código comentamos, si bien existe en este alguna pequeña modificación, y en relación se halla con los arts. 108 y 111 al 113 del mismo Código; pugnando el artículo que nos ocupa con lo que la Ley de Partida preceptuaba, puesto que esta disponía, que cuando la viuda no se prestase á los reconocimientos y vigilancia ordenados, el hijo que diere á luz perdía la herencia de su padre, extendiendo así á un ser inocente la penalidad que sólo debía caber á la madre que infringía la Ley.

Concuerda el artículo que comentamos con el 3902 del Código de Campeche, 3696 del de la Baja California, 3902 del de México, y 1153 del de Veracruz-Llave, los cuales preceptúan que la omisión de la madre no perjudica á la legitimidad del hijo, si por otros medios legales pudiera acreditarse; todo lo cual, en esencia, viene á ser igual á lo que nuestro Código prescribe.

Análogos preceptos se encuentran en los arts. 228 y 229 del Código de Colombia, en relación con el art. 232 del mismo; y en los arts. 194 y 195 del Código de Chile, en relación con el art. 196 de dicho Código; en los que se sabe diferenciar perfectamente si la omisión parte de la madre viuda, ó de los herederos del finado; pues sostienen que en el primer caso no podrá obligarse á los sucesores de éste al reconocimiento del hecho y circunstancias del parto, sino en cuanto se probase en juicio contradictorio por la madre ó por el hijo en su caso; mientras afirman que en el segundo caso, estarán obligados á todo lo que declare la viuda respecto de los hechos y circunstancias del parto.

Art. 963. Cuando el marido hubiere reconocido en documento público ó privado la certeza de la preñez de su esposa, estará ésta dispensada de dar el aviso que previene el art. 959, pero quedará sujeta á cumplir lo dispuesto en el 961.

No cabe duda que si el marido reconoció la certeza de la preñez de su mujer, no hay razón para que ésta dé aviso alguno á los que tengan derecho á la herencia, pero como ya hemos dicho antes que en el acto del parto cabe la suplantación de un hijo por otro, caso de que al nacer falleciese su hijo y viese frustradas sus esperanzas de disfrutar de aquellos bienes que al verdadero póstumo hubieran pertenecido, de ahí el que sea indispensable que en el acto del alumbramiento haya esa inspección, esa presencia de personas imparciales que acrediten la verdad de lo sucedido, y por ello la razón del precepto que nos ocupa.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 791, propuso preceptos bastante conformes con el contenido del que nos ocupa, que es igual al 972 del Proyecto de 1882.

En relación está el art. 963 que de nuestro comentamos, con los arts. 1216, 1225 y 1226 de este mismo Codigo; concordando perfectamente con el 3896 del Código de Campeche, 3642 del de la Baja California, 3898 del de México, y 1151 del de Veracruz-Llave.

Art. 964. La viuda que quede en cinta, aún cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, hábida consideración á la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable.

También es de buen sentido lo que preceptúa este articulo, é innecesario es explicar la razón de ser del mismo, pues aun cuando no tuviera los precedentes que tiene tal disposición en la Ley 1.ª, tit. 9.°, lib. 37 del Digesto, y en la Ley 7.ª, tit. 22 de la Part. 3.ª, como en algunas otras prescripciones del propio Digesto y de las Partidas, bastaría la consideración de las circunstancias en que queda la viuda, el usufructo que la ley le concede en una parte de la herencia de su marido premuerto, y la parte que de los bienes herenciales había de corresponderle al hijo póstumo si naciere y fuere viable, para que no cupiese duda alguna acerca del deber que la herencia tiene de alimentar á dicha viuda y de los derechos que la misma tiene á los referidos alimentos.

El artículo 964, que de este nuestro Código comentamos, está en relación con los arts. 30 y 142 al 153 del mismo Código; es exactamente igual al 792 del Proyecto de Código de 1851, está conforme con el art. 973 del Proyecto de 1882; y concuerda con los arts. 3899 del Código de Campeche, 3643 del Código de la Baja California, 3899 del Código de México, 1152 del Código de Veracruz-Llave, 199 del de Chile, 233 del de Colombia; y es tan sana la doctrina por todos estos Códigos sustentada, que el Tribunal Supremo ha venido á decidir en su conformidad varios casos en diferentes sentencias, entre otras la de 22 de Enero de 1886 y 31 Enero de 1887.

Art. 965. En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, ó se adquiera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá á la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría.

Al tomar medidas de precaución para evitar que se suplante la personalidad de un hijo póstumo, no hubiera sido justo el legislador si no las hubiese tomado igualmente para procurar la buena administración y el aseguramiento de los bienes herenciales, por cuya razón se ha dado el artículo que comentamos en el que con la mayor precisión se determina lo más procedente para evitar perjuicios si los bienes quedasen sin una administración en la misma forma que se hace en el juicio necesario de testamentaria: por esto debe tenerse presente lo que la Ley de Enjuiciamiento civil previene en sus arts. 1094 y 1095 relacionados con el 1041, 1042 y demás concordantes de aquella ley de procedimiento, y deben inventariarse los bienes al entregarlos en administración con todas las formalidades que se hacen indispensables para evitar perjuicio á determinada persona, salvando así los intereses de los hijos á que se refiere el artículo 108 de este mismo Código; pues, aunque no se refiere precisamente á los póstumos, viene á sentar la presunción legal de que se presuman hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, (significando así que el minimun de la gestación ha de ser seis meses completos cuando menos), y antes de los trescientos días siguientes á la disolución ó á la separación de los cónyuges, con lo cual viene á demostrarse que el máximo de la gestación que la ley presume es el de diez meses: siendo claro y evidente que, según el precepto del artículo que comentamos y los principios que acaban de sentarse, en cuanto hayan transcurrido los diez meses desde la muerte del que se supuso había dejado un hijo póstumo, deben desaparecer las precauciones con tal objeto tomadas, pues el legislador tampoco ha querido molestar inútilmente á la viuda cuando ningún resultado puedan dar ya las averiguaciones ó las medidas preventivas solicitadas.

En el art. 796 del Proyecto de Código civil de 1851, se limitaba el nombramiento de administrador judicial al caso en que el póstumo hubiera de excluir de la herencia á los demás parientes, debiendo administrar los bienes la misma viuda si existían otros hijos menores de aquel matrimonio; pero si había otros coherederos, éstos deberían encargar la administración á uno de ellos, y caso de no existir avenencia entre los mismos para la designación debería nombrarse por el Juez.

La Ley 1.ª, tít. 9, lib. 37 del Digesto ordenaba que no obstante, la posesión de los bienes concedida á la viuda, se diese á estos y al vientre un curador,

quien deberia dar alimentos á la viuda *pro facultatibus defuncti, et pro dignitate ejus adque mulieris*.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 974, propuso preceptos exactamente iguales á los que se consignan en el art. 965 que de nuestro Código comentamos, refiriéndose à lo para el juicio necesario de testamentaria dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil á fin de no ponerse en desacuerdo con la misma; y analogía tiene con lo que prescriben los articulos 3905 al 3908 del Código de México; 3649 al 3652 del Código de la Baja California, 3905 al 3908 del de Campeche, y 1056 al 1059 del de Veracruz-Llave.

Art. 966. La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto ó el aborto, ó resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba en cinta.

Sin embargo, el administrador podrá pagar á los acreedores, previo mandato judicial.

Indiscutible es que, la división de la herencia debe suspenderse hasta que se sepa el resultado favorable ó desgraciado de la gestación de la viuda que en cinta quedase, por cuanto depende del nacimiento del póstumo la manera de hacerse la distribución de la herencia y la cuantia de cada parte proporcional si hubiere otros hijos. Pero también es justo que el administrador de la herencia pague las deudas de la misma, aunque para ello se necesite justificación cumplida de su existencia y mandamiento judicial.

El Proyecto de 1851, en su art. 798, conforme estaba en cuanto sobre este particular propuso, y el art. 975 del Proyecto de 1882, proponia preceptos iguales al que en nuestro Código se consignan.

Concuerda con el art. 3907 del Código de Campeche, con el art. 3651 del de la Baja California, con el 3907 del de México y 1160 del de Veracruz-Llave, que son iguales en su esencia.

Art. 967. Verificado el parto ó el aborto, ó transcurrido el término de la gestación, el administrador de los bienes hereditarios cesará en su encargo y dará cuenta de su desempeño á los herederos ó á sus legítimos representantes.

También es evidente lo que se preceptúa en este articulo, pues desde el momento en que la viuda aborta ó tiene un feliz alumbramiento, ó transcurre el termino de la gestación, sin que se dé muestras del estado de preñéz en que se creia encontrar dicha viuda, desaparece el motivo de la administración de los bienes hereditarios, toda vez que llega el caso de la legal distribución de los mismos, y como todo gestor de negocios, este administrador se halla en el deber de rendir cuentas de sus gestiones.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 799, conforme aparece en lo esencial con nuestro Código en esta materia; y el art. 976 del Proyecto de 1882 propuso un precepto idéntico al que al presente de nuestro Código comentamos.

Se ven precedentes de este artículo en el párrafo 17 de la Ley 1.ª, tít. 9, libro 37 del Digesto; y los Códigos modernos se rigen, en cuanto á la administración, por las leyes generales á que sujeto está todo gestor de negocios.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS BIENES SUJETOS Á RESERVA

Art. 968. Además de la reserva impuesta en el art. 811, el viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio, estará obligado á reservar á los hijos y descendientes del primero, la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

En esta sección ocúpase nuestro Código de las reservas que en el mismo se mantienen como una de las instituciones de más importancia ante el derecho civil; mientras que la mayoría de los Códigos modernos, ó las suprimen expresamente ó guardan el más profundo silencio sobre las mismas.

Por respetable que sea el abolengo que las reservas tengan, y por grande que haya sido su observancia desde Justiniano á nuestros días, toda vez que en nuestra antigua legislación se han conservado con verdadero respeto, no las creemos hoy necesarias, pero tampoco debemos negar que en ciertas ocasiones se vé bien justificada su existencia. La obligación de reservar determinados bienes en favor de los hijos del primer matrimonio, desconocióse en el antiguo derecho romano, y no apareció hasta la época de las Constituciones en la Ley 3.ª, tít. 9.º, lib. 5.º del Código Justinianeo, siendo Justiniano el que impuso y amplió la expresada carga, eso que algunos llamaron pensión de las segundas nupcias.

En nuestro derecho patrio por el contrario, las reservas alcanzan la más remota antigüedad, pues aunque algunos suponen que la primera ley que de las reservas trata, es la 26, tít. 13, Part. 5.ª, no cabe duda que se ocuparon de ellas la Ley 14, tít. 2.º, lib. 4.º del Fuero Juzgo y la Ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 3.º del Fuero Real.

La razón inductiva de las reservas se vé bien clara al estudiar el tít. 9, libro 5.º del Código Justinianeo, que lleva por epígrafe «De las segundas nupcias»; observándose que las dos primeres leyes de dicho título establecen la

pena en que incurre la mujer que se casa dentro del año de luto, trátase en la tercera de los medios coercitivos que deben emplearse para evitar que pase á segundas nupcias, á la vez designa los bienes que en los vinculos debian reservar á los hijos del primer matrimonio.

Sin que pueda conceptuarse que el origen de estas disposiciones sea el odio á las segundas nupcias, aléganse dos causas para explicar la necesidad legal de las reservas, si bien las dos reconocen un mismo origen, las segundas nupcias: pero prescindiendo de opiniones más ó menos acertadas acerca de los verdaderos causales de esas reservas, y del acierto ó desacierto que impere ó informe la constitución de un segundo vinculo, es lo cierto que en determinadas ocasiones se ven justificadas esas reservas.

El art. 968 (primero de esta sección), preceptúa que, además de la reserva impuesta en el art. 811 de este mismo Código, el viudo ó viuda que pasase á segundas nupcias está obligado á reservar á los hijos y descendientes del primero los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, por donación ó de cualquier otro modo ó titulo lucrativo; no su mitad de gananciales. Y se comprende bien esto, porque si un ascendiente hereda de su descendiente bienes que éste adquirió lucrativamente de otro ascendiente ó de un hermano, parece lo natural que antes de que aquellos bienes pasen á manos estrañas, la ley conceptúe que, en intestados de esa naturaleza, sean transferidos dichos bienes á los parientes de la linea del que los produjo, aunque por equidad se limiten en tal sucesión sus efectos, hasta el tercer grado, pero aun es más lógico que la ley (previsora generalmente hasta de los casos más escepcionales), sostenga la reserva en favor de los hijos respecto de los bienes procedentes de uno de sus padres, cuando el otro contrae segundo matrimonio; porque si bien el padre que es lo que debe ser, aunque contraiga varios matrimonios, sabe bien lo que corresponde á los hijos habidos en cada una de esas uniones, pudiera haber alguno que, por desconocimiento ó por otras causas, confundiese patrimonios que siempre deben estar separados de los de la nueva familia, y han de conservarse para los menores hijos de aquellas personas de donde éstos y aquellos proceden. Es más, si la persona que contrae matrimonio con un viudo ó viuda, tiene el alma bien nacida, es persona de sólida educación y buen sentir, si lejos de tener el don indebido de la apropiabilidad, es generosa y tiene una cabeza organizada para el bien y para la justicia, no será de seguro la que menos parte tome en la conservación de esos bienes de los hijos del primer matrimonio de su cónyuge, y que procure no solo no mermar, sino aumentar el patrimonio de aquellos que por ser hijos de aquel con quien se une en unión santa los considera como hijos propios: pero esto que se vé entre las personas dignas y de integridad llenas, esto que se vé allá donde hay plétora de sinceros y buenos sentimientos, donde la conciencia es pura, y no da albergue á la hipocresía, donde la dignidad llega hasta el or-

gullo bien entendido, donde no hay mas que nobleza en el corazón y sencillez en el alma, no siempre desgraciadamente sucede; y como las leyes no han de hacerse para los espíritus rectos ni para los que solo necesitan el freno de la propia conciencia para bien obrar, como la codicia por un lado, las malas pasiones por otro, apartan á muchos de la senda del deber, de aqui el que la ley se dé y no pueda menos de darse para preservar de esa codicia y de esas malas pasiones los bienes que pertenecen á personas por quien la sociedad vela y debe velar constantemente, pues siendo menores necesitan más que nada el amparo legal. Nadie puede negar á los hijos lo que de sus padres procede; por ello se les reserva. La mitad de gananciales correspondiente al cónyuge premuerto, por ello se le reserva también. La otra mitad es del cónyuge sobreviviente, y por esto se escepciona de tal reserva, puesto que como patrimonio propio del cónyuge sobreviviente derecho tiene á hacer de él lo que mejor le pareciere.

Los Proyectos de 1851 y de 1882 en sus arts. 800 y 977 respectivamente, propusieron quedasen sujetos á reserva los bienes que el cónyuge adquiriese por testamento, donación ú otro título lucrativo; nuestro Código la hace mas extensiva, pues la lleva hasta los bienes adquiridos abintestato.

Precedentes encontramos en las Leyes 3.ª y siguientes del tit. 9.º, lib. 5.º del Código Romano ampliado por las Novelas 2.ª y 22 de Justiniano; en la Ley 2.ª, tít. 5.º, lib. 4 º del Fuero Juzgo, en la Ley 1.ª, tit. 2.º, lib. 3.º del Fuero Real, en la Ley 26, tit. 13, Part. 6.ª y en las Leyes 6.ª y 7.ª, tit. 9.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación; debiendo hacerse presente que mientras el Fuero Juzgo limitaba á las arras la reserva, las Partidas la hacian extensiva á las donaciones matrimoniales, si bien en estos Códigos solo á la mujer se la obligaba á reservar, pues hasta la Ley 15 de Toro, ninguna disposición hubo que obligase al marido á la reserva y la ley hipotecaria en sus arts. 194 al 201, de dichas reservas tambien se ocupa, determinando mejor que las anteriores disposiciones los casos que principalmente la Ley de Toro no determina.

Despues de tan variadas opiniones vertidas acerca de las reservas, nuestro Código las trata con espiritu admirable de equidad y de justicia, sin que en muchos códigos extranjeros se vean concordantes verdaderos con el art. 968 que de nuestro Código comentamos y que en relación está con los arts. 618, 619, 667, 952, 953 y 1392 del mismo; pues el Código de Guatemala en su art. 1188 solo dice: *La ley no reconoce bienes reservables*; el de la República Argentina en su art. 3590, sienta una regla general sosteniéndolas; y el de Veracruz-Llave, trata de ello con más estensión en los articulos 1162 al 1173, en los cuales hay mucho parecido en la esencia al contenido de esta sección de nuestro Código.

Art. 969. La disposición del artículo anterior es aplicable á los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo ó la viuda de cualquiera de los hijos de su primer matri-



monio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración á éste.

Dijimos al comentar el artículo anterior, que el Código Justinianeo fué el que trató y desenvolvió la teoría de las reservas del modo más técnico y completo que hasta nuestros días ha podido observarse; que se funda su institución en que presumirse debe que el finado no quería que unos hijos extraños compartieran con los suyos su patrimonio; y añadir debemos que en Aragón no existe tal reserva, porque á los hijos suceden abintestato los colaterales de la línea de donde proceden los bienes; mientras que la legislación catalana, basándose en el derecho romano, admite la reserva de bienes en los términos que expresa el anterior artículo de este Código, como siguen igual doctrina el Fuero de Navarra en su Ley 8.ª, tít. 4.º, lib. 2.º, y el de Vizcaya en su Ley 3.ª, tít. 20.

Pues bien, con tales antecedentes pudiera caber la duda acerca de si eran reservables los bienes que los padres heredasen de sus hijos, pues aun que la Ley 13, tít. 2.º, lib. 4.º del Fuero Juzgo, se ocupaba de ello, y la Ley 15 de Toro, lo daba por supuesto, es lo cierto que había bastante confusión en los preceptos, y asaltaba la duda de si se habían de comprender exclusivamente los heredados abintestato, ó estos y los heredados por testamento; duda que quedó subsistente apesar de lo propuesto por el Proyecto de 1851 en su art. 801, porque no dejaba de ser un simple proyecto sin fuerza ni valor ante el derecho; pero afortunadamente el Código que comentamos ha venido á resolver tal dificultad, estendiendo la reserva á los bienes adquiridos abintestato y por testamento. ¿Pero esas reservas podrán considerarse extensivas á los bienes que los padres adquieren de los nietos? Creemos que no; en primer lugar, porque el Tribunal Supremo así lo ha decidido en varias sentencias, entre otras, la de 11 de Marzo de 1861, en la que se declaró que si bien bajo la denominación de hijos, se comprenden todos los descendientes en línea recta, esta acepción no puede tener lugar cuando se trata de interpretar leyes que tienen un objeto especial, como sucede en la Ley 15 de Toro, mucho menos siendo estas de tal naturaleza que merman la libertad de la propiedad; y porque las leyes todas, cuando quieren hacer extensivo un precepto á los nietos, ó los designan especialmente, ó se ocupan de los hijos y sus descendientes: de manera, que es la interpretación restrictiva la que debe seguirse, porque además de las consideraciones expuestas, á las leyes restrictivas no debe dárseles una interpretación más extensiva que la que en el mismo texto literal se marca.

Art. 970. Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho á los bienes, renúncien expresamente á él, ó cuando se trate de cosas dadas ó dejadas por los hijos á su padre ó á su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados.

Elemental es cuanto se preceptúa en este artículo, y no cabe poner en duda que la obligación de reservar cesa cuando á ella renuncia aquél en cuyo favor se constituyó, siempre que éste sea mayor de edad, y expontaneamente otorgue dicha renuncia; ó cuando se trata de cosas que los hijos del primer matrimonio dejaron al padre ó madre sobreviviente, sabiendo que habian contraido segundas nupcias, pues la Ley presume que el hijo que tal hizo cpn su padre ó su madre, demuestra su deseo de que el favorecido por tal herencia, disfrute y disponga como mejor le parezca de dichos bienes, sin consideración á la persona y linea de donde proceden.

De manera, que este precepto no es más que una reproducción de lo que nuestras antiguas leyes disponian respecto al principio por todos reconocido, de que cualquiera que tenga la condición de *sui juris*, puede renunciar lo que le favorece.

En relación está el art. 970 que comentamos, con los arts. 320 y 811 de este mismo Código, y con el art. 197 de la Ley Hipotecaria, cuyo texto consignamos en el 2.º tomo de esta obra; siendo igual en su esencia á lo que proponian los arts. 803 y 979 respectivamente de los Proyectos de Código de 1851 y de 1882.

Art. 971. Cesará además la reserva si al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero.

Sublata causa tolitur efectus. La causa de la reserva fué no perjudicar á los hijos del primer matrimonio en favor de los del segundo; por consiguiente si no hay hijos en las primeras nupcias, no hay ni puede haber perjuicio, no hay ni debe haber reservas. Decir más sobre este particular seria altamente ofensivo para nuestros lectores, porque las verdades axiomáticas, lo mismo en la esfera del derecho que en la de cualquier otra ciencia, no se demuestran, se sienten y se conciben, no se explican; por la misma razón que no puede explicarse que es de día cuando un brillante y expléndido sol nos alumbra.

Precedentes vemos en las Novelas 2.ª y 22 de Justiniano en sus capitulos 2.º y 26 respectivamente, y en la Ley 3.ª, párrafo 1.º, tit. 9.º, lib. 5.º del Código Justinianeo; estando conformes con lo que propusieron los arts. 805 del Proyecto de 1851, y 981 del Proyecto de 1882.

Art. 972. Apesar de la obligación de reservar, podrá el padre, ó madre, segunda vez casado; mejorar en los bienes reservables á cualquiera de los hijos ó descendientes del primer matrimonio, conforme á lo dispuesto en el art. 823.

No tiene nada de particular el precepto de este artículo, pues la reserva de los bienes correspondientes á los hijos del primer matrimonio ó de ellos proce-

dentes, no puede privar á los padres de la facultad de ejercitar el derecho que les concede el art. 823 de este mismo Código, siempre que esa mejora se circunscriba á los hijos á quienes corresponden en principio los bienes reservables, tanto más cuanto que el art. 831 de nuestro Código introduce en el derecho español general la novedad ó mejor dicho la teoria ya sustentada en algunos Fueros, de que apesar que por regla general la facultad de mejorar no puede encomendarse á nadie, puede pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo ó viuda que no haya contraido segundas nupcias, distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legitimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.

Evidente es que antes de la publicación de este Código, el cónyuge sobreviviente quedaba en la peor de las situaciones, dependiendo de la largueza y generosidad de los hijos, sin autoridad ni fuerza moral para regir y gobernar la familia, pero hoy con el usufructo marital tomado del usufructo foral de Aragón y con las disposiciones tanto del art. 972 que comentamos, como de los articulos 823 y 831 del mismo Código, que calcadas parecen en los Fueros de Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya, la situación de los padres ha cambiado ante el derecho común y la autoridad paternal se verá fortalecida por tan justos como equitativos preceptos.

Precedentes tiene el articulo que nos ocupa, en la Ley 3.ª, tit. 9.º, libro 5.º del Código Romano, que reformado fué por la Novela 22 de Justiniano, y en perfecta relación se encuentra con los articulos anteriormente indicados y con el 824 de nuestro Código; hallándose conforme con lo que proponían los articulos 805 y 981 de los respectivos Proyectos de Código de 1851 y de 1882.

Art. 973. Si el padre ó la madre no hubiere usado, en todo ó en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior, los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos á reserva conforme á las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque á virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, ó hubiesen renunciado ó repudiado su herencia.

El hijo desheredado justamente por el padre ó por la madre perderá todo derecho á la reserva; pero, si tuviere hijos ó descendientes legítimos, se estará á lo dispuesto en el art. 857.

Las prescripciones que este art. 973 entraña, son reglas para la sucesión que conformes están con los principios generales sentados acerca de la misma en nuestro Código.

Parece transcrito del art. 806 del Proyecto de 1851, y conforme está con lo que proponía el art. 982 del Proyecto de 1882, relacionándose con lo prevenido en los arts. 853 y 931 al 934 de este mismo Código.

Evidente es que no haciendo el padre ó la madre sobreviviente uso de la prerrogativa que le concede el art. 973, los hijos y descendentes legítimos del primer matrimonio han de suceder necesariamente en los bienes sujetos á reserva, puesto que en su beneficio se reservaron, del mismo modo que ordinariamente suceden los descendientes a sus ascendientes, aunque al cónyuge premuerto hubiesen heredado desigualmente en testamento, y aunque hubieren renunciado ó repudiado aquella herencia; pero el hijo justamente desheredado por su padre ó madre pierde todo derecho á la reserva, sin que esta pérdida alcance á los hijos del desheredado, pues según expusimos al comentar el art. 857 de este mismo Código, las culpas de los padres no pueden ni deben manchar á los hijos, ni viceversa; y las penas personalísimas deben ser en razón á lo cual los hijos del hijo desheredado ocupan su lugar y conservan los derechos de herederos forzosos respecto á la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo ni la administración de los bienes que por su legítima percibiesen sus hijos.

Art. 974. Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles hechas por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquéllos á los hijos y descendientes del primer matrimonio.

No puede menos de tener eficacia toda enajenación que de los bienes inmuebles se hiciera por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas nupcias, por la sencilla razón de que la reserva sólo tiene lugar en cuanto el cónyuge sobreviviente se hace binubo; por lo tanto, mientras no exista ese doble vínculo matrimonial, no hay motivo para que no pueda disponer de aquellos bienes cuando de actos perfectamente válidos se trata: pero en cuanto contrae nuevo matrimonio, se presenta el motivo de la reserva, y desde entonces nace en el binubo la obligación de asegurar aquellos bienes reservables á los hijos y descendientes del primer matrimonio, lo cual previsto se halla hasta cierto punto en el art. 194 de la ley hipotecaria, que transcrita queda en el 2.º tomo.

Tomado está este art. 974 de los arts. 808 y 983 respectivamente de los Proyectos de 1851 y de 1882, los cuales, sobre todo este último, proponían preceptos análogos, por cuanto el Proyecto de 1851 se ocupaba en párrafo aparte de la obligación de constituir hipoteca, obligación que, el de 1882, como el artículo que de nuestro Código comentamos, no consigna al final del mismo.



Art. 975. La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos á reserva hubiere hecho el viudo ó la viuda después de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero; sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

El artículo que acabamos de consignar demuestra bien á las claras que el legislador ha querido dar eficacia á los contratos celebrados por el binubo en cuanto no sea indispensable anularlos por la supervicencia de hijos y descendientes legítimos, pues si realmente no quedaren tales hijos podrian subsistir los contratos ó enagenaciones hechas por el binubo sin perjuicio de tercero, y de cumplir lo dispuesto en el art. 168 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes; es decir, sin que obste para esto el establecimiento de la hipoteca legal á que el expresado artículo se refiere, muy especialmente en su segundo caso que lo mismo ha adoptado la legislación hipotecaria de Cuba, Puerto-Rico y Filpinas en sus arts. 182, 166 y 166 respectivamente.

Varias han sido los opiniones que se han expuesto acerca de las enajenaciones hechas despues de contraido el segundo matrimonio, suponiendo algunos que hasta el presente eran firmes y eficaces en todo caso, pero nuestro Código sienta con verdadera claridad la sana doctrina que debe prevalecer al consignar que no pueden considerarse válidas sino durante la vida del que las hace, porque transfiriéndose por el ministerio de la ley á los hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes reservables, desde el momento en que el cónyuge sobreviviente contrae segundas nupcias solo le queda el usufructo, y por lo tanto no puede enajenar la plena propiedad; pero realmente según el artículo que comentamos subsistirá la enajenación que hiciese en el caso de que á su fallecimiento no quedaren hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio, sin perjuicio de tener en cuenta el artículo anteriormente indicado, y el 37 de la Ley hipotecaria.

El proyecto de Código de 1851 en su art. 808 y el de 1882 en su art. 984, propusieron preceptos análogos; y segun la jurisprudencia establecida entre otras sentencias por la de 16 Junio de 1862, antes de la publicación de este Código el Tribunal Supremo declaró que á la obligación de reservar va intimamente unida la de no enajenar, y por lo tanto no podrá reconocerse la completa validez de las enajenaciones é hipotecas de bienes reservables, hechas por el cónyuge sobreviviente antes de su último matrimonio, concediéndoles eficacia fuerza y valor á dichas enajenaciones ó gravámenes sólo cuando el que enajenó ó gravó permaneciere viudo, pero si después de verificar esas enajenaciones ó constituir esos gravámenes se casare, entonces adquieren á su muerte los hijos el pleno dominio de los bienes y el derecho de ejercitar las acciones á dicho dominio inherentes, contra los poseedores de los referidos bienes, ó los que á su favor tuvieran hipotecas, constituidas sobre los mismos.

Concuerda con el precepto de nuestro articulo el 1169 del Código de Veracruz Llave.

Art. 976. Las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes ó después de contraer segundo matrimonio serán válidas, salva siempre la obligación de indemnizar.

Es también de buen sentido el precepto de este articulo, pues siendo dificil al comprador conocer si los bienes muebles que compra son ó no reservables, habrian de causársele graves perjuicios á cualquier comprador que de buena fé adquiria lo que estaba para él fuera de toda reserva; asi es que el legislador en esta materia ha querido salvar los intereses de la persona á cuyo favor se establece la reserva, pero sin perjudicar al comprador de los bienes muebles reservables. Y esto no es nuevo pues precedentes tenemos en la Ley 6.ª, parrafo 1.º tit. 9.º libro 5 del Código romano, asi como en nuestra ley hipotecaria se preveian ya tales casos, de lo cual puede convencerse cualquiera que de ella se dedique á leer los articulos 16, núms. 2.º y 3.º del 168, y 194 al 201 asi como los arts. 134 y 144 del Reglamento para la ejecución de dicha ley.

Tiene bastante relación el articulo que comentamos con los arts. 335 y 336 de este mismo Código, y aunque análogos preceptos propuso el Proyecto de 1851, en su art. 809 se limitaba á declarar válidas dichas enajenaciones sin exigir la expresada indemnización, como también lo hacia el art. 985 del Proyecto de Código de 1882; siendo mucho más conforme á la equidad y á la justicia lo que en nuestro Código se determina relativamente á la mencionada indemnización, teniendo cierta analogia, aunque nada hable de dicha indemnización, el articulo 170 del Código de Veracruz Llave, en el que se preceptúa que son válidas las enajenaciones de los bienes muebles sujetos á reserva bien se hagan antes ó después de contraer nuevo matrimonio.

Art. 977. El viudo ó la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos á reserva, anotar en el Registro de la propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo á lo dispuesto en la Ley Hpotecaria, y tasar los muebles.

Consecuencia es este precepto de lo determinado en articulos anteriores y consecuencia elemental y necesaria del establecimiento de las reservas, pues de nada servirian éstas si el viudo ó viuda al contraer nuevo matrimonio no cumpliese con lo que previene este precepto que es lo que precisamente dá la seguridad de conservar los bienes procedentes del cónyuge premuerto que es á lo que tienden las reservas, pues si no se inventariasen todos los bienes su-



jetos á las mismas, si no se anotase en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de ciertos inmuebles con arreglo á lo dispuesto en los arts. 16, 168, 194 al 201 de la Ley Hipotecaria, y de conformidad con lo prescrito en los arts. 134 al 144 del Reglamento para su ejecución, y si no se tasaren los bienes muebles tambien sujetos á reserva, no comprendemos que garantia pudiera darse á las personas en cuyo favor se estableció dicha reserva, ni de que manera podria hacerse responsables á los binubos de las enajenaciones que de los bienes reservables hiciesen ó de las dilapidaciones que de los mismos cometieran.

En gran relación el artículo que comentamos con los arts. 334 al 336 y 811 de este mismo Código, tiene sus precedentes hasta cierto punto en la Ley 6.ª, párrafo 1.º, tit. 9.º, lib. 5.º del Código Romano; y concuerda en gran parte con el art. 1168 del Código de Veracruz-Llave; estando tambien conforme con lo que propusieron los Proyectos de Código de 1851 y de 1882, én sus respectivos arts. 807 y 986.

Art. 978. Estará además obligado el viudo ó viuda, al repetir matrimonio, á asegurar con hipoteca:

1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales ó procedieran de dote inestimada; ó de su valor, si procediesen de dote estimada.

2.º El abono de los deterioros ocasionados ó que se ocasionaren por su culpa ó negligencia.

3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados ó la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho á título gratuito.

4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Son tan oportunos y tan lógicos los preceptos que entraña el articulo que acabamos de consignar, que no pueden menos de contemplarse como dignos de encomio por su sólido fundamento y por los excelentes resultados que necesariamente han de producir, pues son la llave de seguridad de los bienes reservables que completando al articulo anterior, no pueden menos de dar la garantia mas apetecible para que los bienes de determinadas personas no se menoscaben.

Escusado es que vayamos repitiendo todos los periodos que en dicho articulo se comprenden, puesto que son preceptivos y de hoy en adelante es ine-

vitable su cumplimiento y porque además son tan esencialmente lógicos, clasifican y determinan de manera tal los casos que ocurrir pueden y las responsabilidades á que atiende la hipoteca que en el se prescribe, que casi pudiera decirse que no caben más tecnicismo, más equidad ni más justicia; y luego complementan y apoyan los preceptos contenidos en el art. 16, casos segundo y tercero del art. 168, y 194 al 201 de la Ley Hipotecaria, que en relación tambien con los arts. 134 al 144 del Reglamento para su ejecución, no pueden menos de dar los mejores resultados, mucho más si se considera la estrecha relación que entre estos preceptos existe y los que entrañan los arts. 1104, 1346 y 1381 de este mismo Código vigente.

Más no es nuevo todo esto, ni han dejado de ocuparse algunos pueblos de medidas tales de aseguramiento por más que algunos publicistas expresen lo contrario: ya la Ley 6.ª, tit. 9.º, lib. 5.º del Código Justinianeo, exigia caución personal en casos tales y el cap. 29 de la Novela 22 como la Ley 14 de Toro ó sea la Ley 6.ª, tit. 4.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación, exponian algo sobre el particular aunque no con el tecnicismo y claridad que lo hace el articulo que de nuestro Código comentamos; y en el art. 1171 del Código de Veracruz-Llave, se previene tambien que el cónyuge supérstite, habiendo bienes reservables, antes de contraer nuevo matrimonio deberá asegurar con hipoteca: 1.º, la restitución de bienes muebles en el estado que tuvieren; 2.º, la devolución del precio que recibió por los bienes muebles enajenados ó el valor que tenian al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiere hecho á titulo lucrativo; 3.º, la devolución del precio de los bienes muebles consumidos antes ó despues de repetir el matrimonio; 4.º, la devolución al adquirente del precio de los bienes inmuebles que hubiese enagenado antes de repetir el matrimonio, y 5.º, la buena administración de los bienes inmuebles no enajenados. Lo cual da á entender que no es tan exacto lo que asegura cierto publicista acerca de la inadmisión de las reservas en los Códigos modernos, y que no se puede asegurar como ese mismo publicista asegura que solo para rechazarla se ocupan los pocos que de la misma tratan.

Si nuestro trabajo tuviese el carácter de nna obra de derecho comparado, gran placer tendriamos de detenernos aqui para hacer un estudio comparativo entre los preceptos de nuestro Código sobre reservas, y los articnlos consignados en el Código de Veracruz-Llave y algún otro de los modernos Códigos; pero no es esta nuestra misión, y aun que pudiéramos exponer cuan previsores han sido también algunos de esos Códigos aludidos, ninguno encontramos tan perfecto y acabado como el nuestro en esta materia, por lo cual á su texto claro nos referimos, pues es de la mejor inteligencia, y comprender se puede sin necesidad de estos comentarios.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 810, propuso idénticos preceptos al igual que el art. 987 del Proyecto de 1882.



Art. 979. Lo dispuesto en los artículos anteriores para el caso de segundo matrimonio rige igualmente en el tercero y ulteriores.

Es de pura sindéresis el precepto de este artículo, y no cabe duda que lo expuesto respecto de las segundas nupcias debe entenderse necesariamente con relación á las terceras y á las sucesivas, porque aquí á lo que se atiende es á la multiplicidad sucesiva de matrimonios, y á evitar los males que la confusión de bienes de diversa prole pudiera producir.

Precedentes tenemos en la Ley 14 de Toro, ó sea la Ley 6.ª, tít. 4.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación, que disponía lo mismo, habiendo propuesto precepto bien semejante también tanto el art. 813 del Proyecto de Código Civil de 1851, como el art. 988 del Proyecto de 1882.

Art. 980. La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos será aplicable al viudo ó viuda que, aunque no contraiga nuevo matrimonio, tenga, en estado de viudez, un hijo natural reconocido, ó declarado judicialmente como tal hijo.

Dicha obligación surtirá efecto desde el día del nacimiento de éste.

Claro y evidente es también lo que en este artículo se preceptúa, por cuanto al tener el legislador que dictar las reglas que acabamos de indicar, no lo hace por mero capricho, sino por evitar, como hemos dicho antes, los perjuicios que se habían de ocasionar á seres indefensos, con la confusión de bienes de distinta prole; y si el legislador ha de atender al aseguramiento y conservación de los bienes propios de los hijos legítimos, no debe echar en olvido ni abandonar tampoco por un momento los derechos de los hijos nacidos en un matrimonio que en peligro se ven por el advenimiento de hijos naturales reconocidos ó declarados tales, por sentencia judicial; y como aquí no hay matrimonio que sirva de punto de partida con ocasión del cual nazca el deber de reservar, tiene necesariamente que fijarse como punto jurídico de donde arranque esa obligación en este caso, el hecho histórico legal del reconocimiento del hijo natural ó de la declaración judicial que de tal naturalización se hiciere.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 814, proponía preceptos análogos, y el 989 del Proyecto de 1882, era exactamente igual al artículo qne comentamos, si bien no contenía la frase: *aun que no contraiga matrimonio*, que se vé consignada en el artículo que nos ocupa.

Concuerda con el art. 1173 del Código de Veracruz-Llave, que dice: *El viudo ó viuda que en tal estado tuviese un hijo natural, se tendrá por casado segunda vez para los efectos de la reserva.*

Con las sanas doctrinas expuestas en este artículo de nuestro Código, coincide la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre otras, la de 6 de Julio de 1850, 15 de Mayo de 1856 y 8 de Enero de 1861.

SECCIÓN TERCERA

DEL DERECHO DE ACRECER

Art. 981. En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre á los coherederos.

La confusión que acerca del derecho de acrecer se ha producido tanto en la legislación romana como en nuestra legislación común, nos obliga á detenernos más de lo que pensábamos al tratar del derecho de acrecer, que no es otra cosa que la acción que compete á los coherederos ó colegatarios llamados conjuntamente á la sucesión de una misma herencia ó cosa legada, á fin de adquirir por virtud de ese mismo llamamiento la porción de uno ó de varios coherederos ó colegatarios que resulte vacante por renuncia, ó por muerte de uno de los dichos copartícipes antes de haber muerto el testador.

Es pues sencillo el asunto, sino se detiene uno mucho en la lectura de las leyes romanas y en la de la mayoría de nuestras antiguas leyes patrias sobre la materia, sino se detiene uno mucho en leer las absurdas teorías sostenidas por algunos publicistas, que esclavos de lo que han leido en el Digesto ó en la ley de Partida, no forman concepto propio, ni discurren más que aquello que les dan pensado los legisladores de aquellos tiempos; y como muchos de los conceptos jurídicos que en aquella época pudieran creerse luminosos, tienen que resultar hoy muy oscuros; de aquí el que al presente no se puede discurrir con el criterio de entonces, aunque los mismos sean los principios indelebles de eterna justicia, aunque idénticos fuesen los motivos del establecimiento del derecho de acrecer en aquel entonces que los causales que hoy sostienen el expresado derecho.

Repetiremos aquí algo del respeto que nos merece la escuela histórica, acataremos muchos de los principios que nos legó esa escuela, porque escritos están en la conciencia de todos los hombres honrados; conservaremos las verdades que por esa escuela transmitidas nos han sido, y que de base y fundamento sirven á la escuela progresiva; pero á la verdad petardo grandísimo nos llevaríamos, si los más exagerados partidarios de la escuela histórica no reconociesen que cierta vestimenta antigua no puede sostenerse hoy sin caer en el ridículo más espantoso; y que los motivos porque se dió el derecho de acrecer en el pueblo romano, no son ni pueden ser los mismos que los que hoy han de informar su sustentación.

En aquel pueblo, que mirado será siempre con respeto por su elevado renombre histórico, no era precisamente el respeto á la voluntad expresa ó tácita del testador, lo que servia de base á esta institución; era más que nada el formularismo exagerado de su derecho, y el empeño de mantener el principio de la unidad, de la sucesión, hasta en sus más utópicas consecuencias; y como esa unidad en la sucesión veriase quebrantada en las universales sucesiones testadas, si la porción hereditaria, vacante por renuncia ó muerte de un heredero, hubiera ido á un heredero *ab intestato*, en vez de acrecer entre los demás coherederos testamentarios, no siendo posible en aquellos tiempos, por efecto de esa misma unidad formularia, morir parte testado y parte intestado, de aquí la necesidad del establecimiento de ese derecho de acrecer, que hoy en nuestra época, el derecho moderno lo sostiene bajo consideraciones de otro género muy distinto.

Hoy el fundamento principal del derecho de acrecer es el respeto más digno, profundo y ostendible á la voluntad expresa ó presunta del hombre; y de aquí que el derecho de acrecer se sostenga por la voluntad del hombre, y por la ley que es la que traza las reglas necesarias para traducir en hechos esa presunción de cual debe ser la voluntad del hombre no manifiestamente expresa.

Pero en el antiguo derecho como en los modernos Códigos, se parte del supuesto de que para la existencia del derecho de acrecer, se hace indispensable la conjunción en la herencia ó en el legado, entre los coherederos, entre los colegatarios que hayan de acrecer en la parte que, vivo, capáz ó aceptante, le hubiera correspondido al otro coheredero que dejó vacante su participación, y así como los comuneros acrecen en la parte renunciada por uno de ellos de la parte que en común y proindiviso disponían, así entre los llamados á heredar una cosa conjuntamente, la parte que vacante queda por renuncia de uno de los copartícipes á esa concurrencia, ó por muerte del mismo antes que el testador, distribuir se debe entre los demás partícipes ó consignatarios como los llama el art. 1150 del Código de Chile, coherederos ó colegatarios en virtud del derecho de acrecer.

De manera, que las dos condiciones indispensables para la existencia del derecho de acrecer, los dos requisitos *sine qua non* para que ese derecho prospere, son conjunción de derechos ó coparticipación en la herencia ó en el legado, y porción vacante de esa herencia ó legado constituído en conjunto á favor de diferentes personas.

Y esto expuesto á grandes rasgos, se ve claro que el derecho de acrecer nace de la voluntad del hombre, suprema ley en materia de sucesiones, y de la ley escrita que aplica bajo una suposición legal lo que presume que el hombre quiso disponer al dejar de expresar en ciertos casos lo que tácitamente parece expresa.

Pero algo hemos de exponer respecto del antiguo derecho, pues aunque no traigamos más que el ligero recuerdo de las teorías de Paulo acerca de la conjunción, y aunque sólo apuntemos algunas leyes del Digesto, como la ley 142, tít. 16, lib. 50, en que se calcaron las opiniones de aquel célebre jurisconsulto, y aunque sólo indiquemos que en nuestra legislación patria común la Ley 33, tít. 9.°, Part. 6.ª, reguló el derecho de acrecer, como trató también la Ley 14, tít. 3.°, Part. 6.ª, de los dos conceptos de derecho de acrecer reconocidos por la ley romana, el necesario y el voluntario; derivado el primero del axioma jurídico consignado en la ley 7.ª de *div. reg. juris*: *Ejus nostrum non patitur eumdem in paganis, et testato, et intestato decessisse*: *earumque rerum naturaliter inter se pugna est*, que corregida fué por la Ley 1.ª, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Recop , deberemos si sostener que ante la antigua legislación el derecho de acrecer reconoció una causa muy distinta de la que hoy informa la subsistencia de tal derecho. Por ello, no es necesario hoy seguir ciegamente aquellas reglas romanas para que el derecho de acrecer se desarrolle debidamente, sin los distingos filosóficos de las indicadas leyes del Digesto.

Y aunque olvidar no debamos que la conjunción es real, verbal y mixta; y aunque sepamos que la primera existía cuando en un mismo testamento se dejaba una cosa misma á dos ó más personas, pero en cláusulas distintas, es decir, lego á Juan la casa número 7 de la calle del Hospital, lego á Justo la misma casa, en cuyo caso habrá conjunción en la cosa, disyunción en las cláusulas; y aunque conozcamos que la conjunción verbal tiene lugar cuando dos ó más personas están llamadas en una cláusula y en la misma cosa, pero señalando la parte á cada uno correspondiente, como lego á Diego y Antonio la viña grande, por iguales partes, cuya conjunción tiene algo de aparente más que real, toda vez que se señala de una parte divisible la mitad, por lo cual los romanos los llamaron conjuntos *verbis tantum* ó *verbis non re*; y aunque no ignoremos que en aquellos tiempos se llamaba conjunción mixta, á la que participaba de verbal y real, cuando el testador dejaba una misma cosa á dos ó más personas en una sola cláusula, sin señalar partes divisorias, como si Juan deja la finca de la pesquera á Francisco y Antonio, *conjuntio re et verbis*, que es la verdadera conjunción; no hay necesidad de todo esto para comprender cual es el verdadero derecho de acrecer y hasta donde llega su extensión, sin más que leer nuestro Código, el cual con su lógica inflexible en muchas teorías ha deshecho para siempre aquel cúmulo de reglas, aquel laberíntico mecanismo que nada tenía de técnico apesar de su fraseología y de sus distingos, pues basta con que los herederos á quienes acrezca la herencia sucedan en todos los derechos y obligaciones que tendría aquel de sus coherederos que por no querer ó no poder aceptarla deje vacante una porción de aquella herencia, para que cambie por completo la faz de las cosas, y este derecho pueda desarrollarse sin atender para nada á la embarazosa marcha que le trazó la antigua legislación.

Por eso el primer artículo que de esta sección comentamos se concreta á decir, que, en las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre á sus coherederos, lo cual está perfectamente conforme con lo que dejamos expuesto, en relación perfecta con lo prevenido en los arts. 658, 922 y 988 al 1009 de este mismo Código; y concuerda no solo con lo que propuso el Proyecto de Código de 1851, en su art. 815, sino con lo que determinan los arts. 786, 1044 y 1045 del Código de Francia, 879 del Código de Italia, 786, 1044 y 1045 del de Bélgica, 1972 del de Portugal, 1006 del de Uruguay, 1147 del de Chile, 3816 del de la República Argentina, 3926 del Código de México, 3663 del de la Baja California, y 3926 del Código de Campeche; siendo de advertir que si en estos cuatro últimos Códigos se define el derecho de acrecer al comenzar sus respectivas secciones, en cuanto á las herencias intestadas, de las que trata el art. 981 que comentamos, se refiere á lo dispuesto en los capítulos comprensivos de dichas herencias ó, mejor dicho, á las reglas generales dadas sobre las mismas: así es que el artículo antes mencionado del Código de la Baja California se refiere al art. 3579 del mismo, y los que se citan de los Códigos de México y Campeche se refieren al art. 3848 de los referidos Códigos, (coincidiendo en su articulado), en los que se previene que si hubiere varios parientes en el mismo grado, y alguno ó algunos no quisieren ó no pudieren heredar, su parte acrecerá á los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar; lo cual en nada disiente de lo preceptuado en el artículo que de nuestro Código comentamos.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 990, propuso un precepto análogo si bien añadía: «Si fuese uno solo, pasará al siguiente grado;» pero no es necesaria tal adición.

La jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 12 de Junio de 1863 y 29 de Diciembre del mismo año, demuestran cuando tendrá lugar el derecho de acrecer.

Art. 982. Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

1.° Que dos ó más sean llamados á una misma herencia, ó á una misma porción de ella, sin especial designación de partes.

2.° Que uno de los llamados muera antes que el testador, ó que renuncie á la herencia, ó sea incapaz de recibirla.

Al hacer el comentario anterior dijimos algo sobre el particular y recordamos ciertas prescripciones de la Ley de Partida clasificando la conjunción real, verbal, y mixta, y dando por supuesto que para que existiese el derecho de acrecer era indispensable la existencia de la conjunción y de la vacante de una porción herencial por renuncia ó imposibilidad de adirla el uno de los



coherederos; y no sólo hemos indicado esto, sino que hemos manifestado también que la Novísima Recopilación modificó en parte los preceptos de la Ley de Partida; pero hoy prescindiendo de todos estos antecedentes vemos de manera bien clara el terminante precepto del art. 982 que de nuestro Código comentamos, según el cual no cabe duda de los requisitos indispensables para el desenvolvimiento del derecho de acrecer, y de que sin aquellas divisiones de conjunción que á nada conducían y que tanto entretuvieron á los glosadores de las Partidas, cuando dos ó más sean llamados á una misma herencia en parte ó en todo de la misma sin especial designación de porciones de ella; y cuando uno de los llamados á esa herencia muera antes que el testador ó renuncie la herencia ó sea incapaz de recibirla, tendrá lugar el derecho de acrecer, y términos son suficientes los que quedan consignados para la sustentación del referido derecho sin que necesidad haya de tener en cuenta otras prescripciones.

El Proyecto de Código de 1851 en su art 816 y el Proyecto de 1882 en su artículo 991 propusieron preceptos análogos, aunque este último es más conforme que el primero con el contenido del artículo que de nuestro Código nos ocupa, que en relación está con lo prevenido en los arts. 196, 658, 745, 756, 759, 765 y 766 del mismo Código; concordando con los arts. 879 y 880 del Código de Italia, 890 del Código de Guatemala, 1007 del Código de Uruguay, 1049 del Código de Holanda, 1852 del Código de Portugal, 1148 del de Chile, 642 del de Vaud, 1699 del de Lusiana, 3810 al 3812 del de la República Argentina, 1175 del de Veracruz Llave, 3915 del de México; 3654 del de la Baja California, 3915 del de Campeche, y otros varios; sin que en los artículos citados excepto en los de México, Baja California y Campeche, vengan estas concordancias á ser más que meras analogías en las que más ó menos patente se ve lo esencial de lo que nuestro Código prescribe; mientras que los preceptos de los tres artículos de los Códigos anteriormente citados son enteramente iguales al art. 982 que de nuestro Código nos ocupa.

Art. 983. Se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero.

La frase «por mitad ó por partes iguales» ù otras que, aunque designen parte alícuota, no fijan ésta numéricamente ó por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.

Racional y lógico es el concepto que se desenvuelve en este artículo acerca de la verdadera conjunción, pues determina bien á las claras que para que se entienda por hecha la designación de partes es indispensable que se exprese



nominalmente la porción ó cuota que á cada heredero se asigna, sin que puedan verse confundidos los derechos de los unos con los de los otros, ni pueda verse verdadera conjunción entre ellos, pues el dejar á dos personas una cosa por partes iguales, ó una cosa por mitad no determina parte alicuota ni fija porción numerica que á cada uno de los herederos corresponda en un cuerpo de bienes con independencia del otro y por ello las designaciones hechas en este sentido no excluyen el derecho de acrecer.

Ya hemos dicho que al decir el testador por iguales partes, no determina espresamente una cuota y por tanto existe la verdadera conjunción á que los romanos llamaban *verbis tantum*.

Precedentes son los indicados anteriormente, la Ley 89, lib. 32 del Digesto, párrafo 8.°, tit. 20, lib. 2.° Inst. y Ley 33, tit. 9.°, Part. 6.ª.

Está conforme con el segundo apartado del art. 817 del Proyecto de 1851, y es una verdadera copia del art. 992 del Proyecto de 1882, relacionándose con los arts. 765 y 769 del mismo Código.

Concuerda con los arts. 3814 y 3815 del Código de la República Argentina, 881 del de Italia, 1148 del de Chile, 1049 del de Holanda, 1008 del de Uruguay, 3916 del de Mexico, 3655 del Código de la Baja California, 3916 del Código de Campeche, 1972 del de Portugal, 1044 de los Códigos de Francia y Bélgica y 1207 del de Colombia.

Art. 984. Los herederos á quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibirla.

Repetidas veces se ha dicho que, los herederos que entran á gozar del derecho de acrecer en la herencia, suceden en todos los derechos y obligaciones que tener pudiera el coheredero que no quiso ó no pudo adir la parte herencial que en conjunto con los demás le correspondía.

Esto no tiene réplica, es inconcuso, los que sustituyen al que dejó vacante una parte de la herencia á que fueron llamados conjuntamente, adquieren todos los derechos y contraen todas las obligaciones á que por causa ó motivo de la participación en esta cuota vacante le corresponderia al que con ellos debió heredarla y en parte acrecer.

Precedentes vemos en la Ley única, tit. 51, párrafo 11, lib. 6.° del Código Romano.

El que recibe un beneficio debe cumplir la carga aneja al mismo, dicen las leyes romanas y las leyes de Partida. Y eso es lo lógico.

Está conforme el precepto de este articulo con lo que propuso el art. 816 del Proyecto de Código de 1851, y toma sus prescripciones de lo que proponía el art. 993 del Proyecto de 1882, concordando con los arts. 3821 y 3822 del Código de la República Argentina, 1855 del de Portugal, 1152 del de Chile, 1700 del

de Luisiana, 642 del de Vaud, 3920 del de México, 3657 del de la Baja California y 3920 del de Campeche.

Art. 985. Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje á dos ó más de ellos, ó á alguno de ellos y á un extraño.

Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer.

Los preceptos que entraña este artículo son de tal indole que se deducen de otros varios anteriormente expuestos, y en relación están con los arts. 807 al 809 de este mismo Código, en donde se consigna quienes son herederos forzosos, que es lo que constituye la legitima de los hijos y descendientes legitimos, y que es lo que constituye la legitima de los padres ó ascendientes: de manera que teniendo en cuenta lo allí prescrito y relacionándolo armónicamente con lo que previenen los arts. 981 y 984 consignados en esta misma sección, no puede caber duda alguna acerca de la inteligencia del precepto que al presente nos ocupa, pues es inconcuso que entre los herederos forzosos el derecho de acrecer si son descendientes solo tendrá lugar en la tercera parte de libre disposición, y si son ascendientes en la mitad libre, pero en cuanto la legitima fuese repudiada no vendrán los coherederos á heredar por derecho de acrecer sino por derecho propio en lo que á la misma se refiere.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 994, es lo mismo que la primera parte del artículo que de nuestro Código nos ocupa, siendo el segundo y último apartado de éste, una verdadera adición que la comisión de Códigos tuvo á bien hacer para aclarar los conceptos que pudieran resultar confundidos entre los bienes de libre disposición y los que corresponden á la legitima.

Concuerda con el art. 2039 del Código de Portugal, 3918 y 3919 del de México y 3918 y 3919 del de Campeche.

Art. 986. En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, á quién no se hubiese designado sustituto, pasará á los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones.

Es á todas luces evidente que si en alguna ocasión no tuviere lugar el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, necesariamente la porción que deja vacante el instituido, (si no se le hubiera designado sustituto), debe pasar á los herederos legitimos del testador; pues ya se sabe, que desde la publicación del Ordenamiento de Alcalá, y muy principalmente por prescripciones terminantes de la Ley de Toro llevadas á la Novisima Recopilación, puede morir

una persona parte testada y parte intestada, y que de conformidad con aquellos preceptos y de los que sienta este Código, la porción que vacante queda por no haber podido ó no haber querido adirla el sustituto heredero, debe pasar á los herederos legitimos, ó la heredan éstos abintestato.

Este articulo es una verdadera reproducción de lo que proponía el articulo 994 del Proyecto de Código de 1882 y en relación perfecta se halla con algunos de los demás articulos del mismo Código, principalmente los arts. 912, 913, 930, 931, 935, 939, 944 á 946, 955 y 956.

Concuerda con el ya indicado art. 883 dsl Código de Italia, sin que existan concordancias en los arts. 3818 y 3820 del Código de México como supone algún publicista; sosteniéndose idéntica doctrina en el art. 2012 del Código de Sajonia.

Art. 987. El derecho de acrecer tendrá tambien lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.

Es evidente que como ya hemos dicho con anterioridad todas las disposiciones que se daban para las herencias ó sucesiones testadas, tienen aplicación á los legados, de aqui el que este articulo que cierra la sección que al presente nos ocupa, venga á preceptuar terminantemente que todo cuanto se ha dicho respecto del derecho de acrecer en relación á la sucesión legitima y á la testamentaria, tendrá lugar respecto de los legados entre legatarios y usufructuarios, en los términos que compatibles sean con su manera especial de ser. Asi es que no tiene necesidad de comentario un articulo que tan claro como de buen sentido parece.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 819 propuso el derecho de acrecer entre usufructuarios, indicándose en el art. 996 del Proyecto de 1882 que sólo debiera tener lugar dicho derecho de acrecer entre usufructuarios cuando así expresamente lo dispusiere el testador; más nuestro Código adoptando con mejor acuerdo las proporciones del primer proyecto, y siguiendo las inspiraciones de los arts. 884 y 885 del Código de Italia, ha establecido como medida general del derecho de acrecer entre los legatarios y usufructuarios los mismos terminos prefijados para los herederos.

Concuerda además con los arts. 1009 y 1011 del Código de Uruguay, 1178 y 1179 del de Veracruz Llave, 1044 del de Francia, 3812 y 3818 del de la República Argentina; si bien este último no puede considerarse como verdadera concordancia, puesto que refiriéndose al usufructo preceptúa que legado éste conjuntamente á varios que lo aceptaron, la porción vacante por muerte de uno de ellos no acrece á los demás sino que se consolida en la nuda propiedad á menos que el testador expresa ó implicitamente hubiere manifestado la intención de hacer gozar al sobreviviente de la integridad del usufructo, mientras



que el citado art. 3812 puede reputarse de verdadera conformidad con el nuestro en lo relativo á los legados en general, pues, previene que habrá acrecimiento en las herencias y legados cuando diferentes herederos ó legatarios sean llamados conjuntamente á una misma cosa en el todo de ella.

También concuerda con el art. 1044 del Código de Belgica; con los artículos 3923 y 3924 del Código de México, 3660 y 3661 del de la Baja California; 3923 y 3924 del Código de Campeche, y otros; estableciéndose análogos principios en los arts. 1154 del Código de Chile, 1213 del de Colombia y 2431 del de Sajonia.

SECCIÓN CUARTA

DE LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Art. 988. La aceptación y repudiación de la herencia, son actos enteramente voluntarios y libres.

Esta sección cuarta, al tratar de la aceptación y repudiación de la herencia, sienta principios tan en conformidad con las bases sobre las que descansa el Código que comentamos, y tan en relación con los fundamentos filosóficos de todo derecho, que no puede ponerse en duda por un momento, ninguna de las verdades axiomáticas que contiene; tanto es asi, que si no fuese porque se creyese que rehuíamos el trabajo de comentar artículo por artículo los que dicha sección entrañan, nos contentariamos con exponer breves frases á la cabecera de dicha sección, y remitirnos luego exclusivamente á los preceptos tasados claros y concretos que en la misma se encierran; pero no hemos de hacerlo así, porque seguir orden distinto del que comenzamos en esta modesta obra, sería quizá defraudar á nuestros lectores.

Previene el art. 988 que de nuestro Código comentamos, que la aceptación y la repudiación de la herencia, son actos voluntarios y libres; pero al leer tal precepto, cualquiera que idea exacta tenga de lo que es la aceptación, y de lo que la repudiación significa, se hará consideraciones así mismo, aproximándose á la duda de si lo que como patente é inconcuso tenía, era incierto é inverosimil, pues para algunos, desde el momento en que verdades axiomáticas como esta, se consignan en la ley positiva, y se ponen en tela de juicio, dejan de tener la sublimidad y clara evidencia que adorna siempre á las verdades axiomáticas. Más, el legislador ha querido aqui calcar tal precepto, que en la conciencia de todos está escrito, porque la sucesión envuelve en sí, como hechos, dos elementos constitutivos esenciales, la declaración de la constitución testamentaria, ó llamamiento de heredero, por testamento ó por la ley, que es

lo que pudiéramos conceptuar como titulo para adquirir, y el modo de llevar á efecto esa sucesión después de la muerte del causante, ó sea la aceptación del llamado á la herencia; de manera, que, si bien el testamento no ha de conceptuarse nunca como contrato, que si bien la sucesión como hecho, acto es en el que deben tenerse en cuenta los dos elementos anteriormente indicados, y acto unilateral hasta cierto punto parece, realmente es un acto bilateral, por cuanto no sólo ha de mediar el llamamiento testamentario ó legal que nace de una personalidad natural ó juridica, sino que es indispensable la aceptación de la persona á cuyo favor se verifica ese llamamiento; y esta aceptación ha de ser libre y expontánea. como lo es la voluntad del heredero para aceptar ó repudiar la herencia que se le defiere, de la misma manera que expontánea y libre debió ser la voluntad del testador para deferir expresamente la herencia, ó no deferirla. Y siendo un acto privativo del heredero la aceptación de la herencia, sólo con ella puede perfeccionarse el titulo de la sucesión; sólo en su virtud puede desarrollarse el medio de su realización; y mientras ese medio no perfeccione el titulo, éste quedará imperfecto é irrealizable, porque en el testamento no consta ni puede constar más que una de las dos voluntades, la del testador; y manifestándose con la aceptación, la otra voluntad del heredero congruente con aquella, ya sea afirmativa ó negativa, es entonces cuando el titulo de sucesión complementado con las dos voluntades que han de mediar en actos tales, adquiere fuerza traslativa de dominio, pero nadie absolutamente puede obligar al heredero á que acepte ó repudie una herencia, pues el principio de la más absoluta libertad domina en esta materia, y en él se han fundado los Códigos modernos como el nuestro, para dar carácter, fuerza y vigor al titulo de sucesión.

Aun que el Derecho Romano se ocupaba de este particular, como se ocuparon después las Partidas, realmente aqui predomina el principio contrario á las teorias sustentadas en aquellas disposiciones que hacían forzosa la aceptación para ciertos herederos.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 920. como el art. 998 del de 1882, proponían preceptos idénticos al del articulo que nos ocupa, que en perfecta relación se encuentra con el art. 833 del mismo Código, y concuerda con el articulo 775 del Código Francés, el 912 del de Italia, 775 del de Bélgica, 2021 del de Portugal, el 1225 del de Chile, el 713 del de Vaud, el 970 y 971 del de Luisiania, 1090 del de Holanda, 847 del de Guatemala, 1013 del de Uruguay, 3312 y 3313 del de la República Argentina, 1180 del de Veracruz-Llave, 3936 del de México, 3936 del Código de Campeche, 3670 del de la Baja California, y otros.

Art. 989. Los efectos de la aceptación y repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quién se hereda.

Indispensablemente, los efectos de la aceptación tienen que retrotaerse en el momento de la muerte, pues que de allí arranca el nacimiento del derecho que ha de ejercitar el heredero, y como causa ocasional de la ejecución de la última voluntad del testador la muerte de éste, allí ha de tenderse una mirada retrospectiva en cuanto á los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia, pues lo que se diga de la primera, ha de entenderse en la segunda en sentido inverso.

El Proyecto de 1851, en su art. 821, está conforme con el art. 989 que de nuestro Código comentamos, que parece tomado del art. 999 del Proyecto de 1882.

Precedentes tiene en la Ley 138, tit. 17, lib. 50 del Digesto, y en la Ley 54, tit. 2.º, lib. 29 del Digesto; encontrándose en perfecta relación con los artículos 657 y 661 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 777 de los Códigos de Francia y Bélgica, (pues convienen hasta en el articulado); 933 del de Italia, 2043 del de Portugal, 860 del de Guatemala, 1013 del de Uruguay, 1093 del de Holanda, 981 del de Luisiania, 1239 del de Chile, 3344 del de la República Argentina, 3946 del de México, 3680 del de la Baja Balifornia, 3946 del de Campeche, 1181 del de Veracruz-Llave, y otros.

Insistimos en que los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia, no pueden menos de retrotaerse al momento de la muerte de la persona de quién se hereda, como los efectos de una quiebra se retrotraen al día de la suspensión de pagos, pues siendo uno y otro sus causales, desde su origen obligan.

Art. 990. La aceptación ó la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, á plazo, ni condicionalmente.

Es evidente que no puede verificarse la aceptación ó la repudiación más que en absoluto, sin condición alguna, ni á plazo; pues de admitirse á plazo, no podrían retrotraerse los efectos de la misma al día de la muerte del testador; y si condicionalmente pudiera realizarse la aceptación, vendría el absurdo de consentir que no se aceptase más que en lo favorable, ó que se diese lugar á una ficción legal inverosímil é imposible, tal es la de suponer que el finado que le instituyó sin condición, admitía después de su muerte la condición que el heredero tratase de imponerle. Si el testamento se mira como un acto expontáneo de liberalidad, no cabe imponer condiciones para aceptar lo que graciosamente se obtiene; y si se conceptúa como un símil de los contratos donde es indispensable la congruencia de dos voluntades bajo un mismo objeto, no cabe esa congruencia mas que aceptando el heredero vivo los hechos que significan la voluntad postrera del muerto, ó repudiándola lisa

y llanamente, porque á los que ya no existen no se les puede imponer condiciones, ni merecen otra cosa que el respeto; siendo el mayor de los absurdos que la aceptación ó la repudiación pudiera hacerse en parte, por cuanto nadie puede querer y no querer una misma cosa á la vez; y como la herencia considerarse debe como una homogeneidad, de aquí el que sea imposible hacer otra cosa que aceptarla ó repudiarla en su totalidad.

Precedentes encontramos en la Ley 51, párrafo 2.°, tít. 2.°, lib. 29 del Digesto y en la Ley 77, tít. 16, lib. 50 del mismo Digesto, en las que parece se inspiró la Ley 15, tít. 6, Part. 6.ª; guardando relación el artículo que nos ocupa con los artículos 833, 889 y 890 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851, en su art. 822, y el art. 1000 del Proyecto de 1882, proponían preceptos análogos; y concuerda con los arts. 3317 del Código de la República Argentina, 980 y 1009 del de Luisiana, 861 del de Guatemala, 1227 del de Chile, 1014 del de Uruguay, 2022 del de Portugal, 3939 del de México, 3673 del de la Baja California, 3939 del de Campeche, 1182 del de Veracruz-Llave y otros, iguales todos esencialmente al nuestro.

Art. 991. Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona á quién haya de heredar y de su derecho á la herencia.

También es de buen sentido el precepto de este artículo, porque, como hemos dicho anteriormente, la muerte del testador es uno de los requisitos indispensables para que el testamento se ejecute, y como para ejecutarlo es preciso que previamente se acepte ó se repudie la herencia, de aquí la necesidad de la seguridad de la muerte del causante, pues sin ella carece de fuerza y valor cuanto se haga.

Precedentes vemos en las Leyes 19, 23, y 93, tít. 2.°, lib. 29 del Digesto y Ley 14, tít. 6.°, Part. 3.ª.

El Proyecto de 1851, en su art. 823, y el art. 1001 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos idénticos al que de nuestro Código nos ocupa, y concuerda con el art. 1015 del Código de Uruguay, 973 y 979 del de Luisiana, 3953 del de México 3686 del de la Baja California, 1183 del de Veracruz-Llave y otros; siendo estos cuatro últimos enteramente iguales al nuestro, muy especialmente el de Veracruz-Llave.

Art. 992. Pueden aceptar ó repudiar una herencia, todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.

La herencia dejada á los menores ó incapacitados podrá ser aceptada al tenor de lo dispuesto en el núm. 10 del art. 269. Si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha á beneficio de inventario.



La aceptación de la que se deje á los pobres corresponderá á las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y en su defecto á las que señala el art. 749, y se entenderá también aceptada á beneficio de inventario.

Demuestra en este articulo el legislador suma previsión, sentando como principio general lo que ignorar no debe persona alguna que al estudio del derecho se dedique, que pueden aceptar ó repudiar las herencias todos los que tienen la libre disposición de sus bienes, es decir, los *sui juris*, los que pueden obligarse, los que son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Mas, teniendo en cuenta que también los *alieni juris* pueden heredar, comprendiendo que la minoridad no es causa eficiente para perder los derechos á la sucesión, y que por si mismos no pueden aceptar ni repudiar los menores y los incapacitados, por cuanto no pueden obligarse ni tienen la libre disposición de sus bienes, el Código lo establece en el segundo apartado de este articulo, prescribiendo que cuando se trata de una herencia dejada á un menor ó á un incapacitado, necesita una complementación de su personalidad, y por ello ha de aceptarse en la forma que dispone el número 10 del art. 269 del mismo, razón por la cual ni aun el tutor puede aceptar la herencia sin beneficio de inventario, á no ser con autorización del Consejo de familia; y si por si mismo, sin consultas previas con el dicho Consejo, la aceptase, entenderse debe que lo hace á beneficio de inventario.

Prevée también el legislador el caso en que se trate de herencias recaidas en los pobres, y á ello dedica nuestro Código el último apartado del art. 992, que comentamos, incumbiendo la aceptación de tal herencia á la persona que el testador designe para la calificación de los pobres y la distribución de los bienes, y si no la designase, á los albaceas, al cura párroco, al Alcalde y al Juez municipal correspondiente á la ejecución de la testamentaria, según se dispone en el art. 749 de este mismo Código, en relación con lo prevenido en las reglas 5.ª y 6.ª del articulo 63 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Precedentes encontramos en varias leyes del Digesto, y en la ley 13, tit. 6.°, Part. 6.ª; y tanto en el art. 822 del Proyecto de Código de 1851, como en el 1002 del Proyecto de 1882, se propusieron preceptos análogos; encontrándose la más armónica relación con los arts. 155, 200, 317, 320, 324, 671, 1010, 1018 y 1023 de este mismo Código.

Concuerda con el art. 776 del Codigo de Francia, en su apartado segundo especialmente; con los arts. 930 del de Italia, 776 del de Bélgica, 3333 del de la República Argentina, 998 y 999 del de Luisiana, 1092 del de Holanda, 715 del de Vaud, 848 y 849 del de Guatemala, 1017 al 1020 del de Uruguay, 2023 al 2026 del de Portugal, 3940 y 3942 del de México, 3674 y 3676 del de la Baja California, 3940 y 3942 del de Campeche, 1184 del Código de Veracruz-Llave y otros.

Art. 993. Los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que á las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público.

Toda entidad jurídica llámese asociación, corporacion, fundación ó razón social, tiene un representante que es el que llamado está á aceptar las herencias que á las mismas se dejaren, siempre bajo beneficio de inventario para que asi no queden perjudicadas las sociedades á quienes representen; pero como la repudiación puede ocasionar perjuicios irreparables, de aquí el que el legislador, previsor en extremo, venga á preceptuar que, para repudiar herencias relictas á esas corporaciones á que se refiere el artículo que comentamos, se hace indispensable la previa aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 825, y el 1003 del Proyecto de 1882, proponian análogos preceptos, y en relación está la última parte del artículo que comentamos con el número 4.º del art. 838 de la ley de Organización del poder judicial.

Concuerda con el art. 932 del Codigo de Italia, con el 849 del de Guatemala, con el 1023 del de Uruguay, 1092 del de Holanda, 3955 del de México, 3688 del Código de la Baja California, 1185 del de Veracruz-Llave, y el 3955 del de Campeche, que son enteramente iguales al nuestro.

Art. 994. Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencia sin la aprobación del Gobierno.

En perfecta relación este artículo con el precepto del art. 748 de este mismo Código, no cabe medio de comentarlo, porque es tan claro é inconcuso, que jamás podrá dar lugar á duda.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 826, como el art. 1004 del Proyecto de 1882, proponia preceptos análogos, y en relación también el art. 956 de nuestro Código con el que del mismo al presente comentamos, concuerda éste con el art. 932 del Código de Italia, con el 849 del de Guatemala, con el 1021 del de Uruguay, con el 3956 del de Campeche, con el 3689 del de la Baja California y el 3956 del de México; siendo éstos tres enteramente iguales al nuestro, y expresándose en el Italiano algo que concuerda con éste y con el anterior artículo de nuestro Código, pues determina que las herencias que recaigan en las personas jurídicas, no podrán aceptarse sino con la autorización del Gobierno, la cual se acordará en la forma establecida por las leyes especiales, y sólo podrán aceptarse á beneficio de inventario, con las formalidades establecidas en los reglamentos.

Art. 995. La mujer casada no podrá aceptar ni repudiar herencia sino con licencia de su marido, ó en su defecto, con aprobación del Juez.

En este último caso no responderán de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal.

Por más que de contrario se diga, la mujer á quien debemos en la sociedad muchas consideraciones, no puede obligarse, porque si se quiere materializar esa santa unión llamada matrimonio, si de ella se trata solamente como sociedad civil, en la razón social matrimonio no cabe más gerente que el marido, porque el hombre es el que se obliga y el hombre es el que debe dirigir la familia; pues perdería en su papel más que nadie la mujer misma el día en que teniendo marido se encargara de la familia, no sólo por las obligaciones que habría de contraer, sinó por que el límpido cristal de su pureza, la suavidad de sus costumbres, la dulzura de su trato, y la sublimidad de su espíritu delicado, habrían de agriarse y materializarse groseramente con los azares y torturas de la vida de los negocios y de los desengaños que más ordinariamente se ven fuera de la familia. Dentro de ésta se halla el alcázar de la mujer; allí está su trono; allí su influencia embalsamando con su cariño y con su sólida educación moral, el ambiente que sus hijos y su consorte deben respirar; para aquél pequeño pero elevado y poderoso reino llamado familia adquiere su dominio; y de su régimen cariñoso nace la más preciada corona que todas las soberanas de la tierra pueden sustentar en sus sienes, la corona de los afectos y de las satisfacciones familiares. Por eso la mujer casada no puede aceptar ni repudiar herencias sin licencia de su marido, porqué ni puede obligarse ni debe llevar la gerencia de los negocios sociales más allá del círculo de la misma familia; necesita un apoyo para luchar con las intrigas sociales, ese apoyo es su marido; y, cuando éste no es lo que debe ser ó no autoriza lo que debe autorizar, la autoridad judicial suple la autorización marital aprobando la aceptación de la herencia.

Y no podia suceder otra cosa, pues hoy ni aún vender pueden los bienes parafernales sin autorización marital, por qué si bien se dice que esos bienes jamás han dejado de pertenecer á la mujer casada, la ley no puede crear dos autoridades ni dos reguladores de la familia para con la sociedad, como no puede consentir que á espalda del marido se dilapiden bienes de la mujer y de sus hijos. El art. 12 de este Código, hoy en vigor, es de observancia general, y, por ello, obligatorio tanto á las regiones no aforadas como á las aforadas, como obligatorio es todo el título preliminar y el título 4.° del libro 1.° de este Código; y como en la sección 4.ª del cap. 1.° de dicho título 4.°, se encuentra el art. 61 en el que se prohibe que la mujer adquiera por título oneroso ni lucrativo, enajene bienes ni se obligue sin licencia ó poder de su ma-

rido, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley, de aquí el que, conforme con tales preceptos, no puede ser más lógico el del art. 995 que de nuestro Código al presente comentamos.

Y para mayor precaución, se prescribe en el último apartado de este artículo 995, que en todo caso no respondan de las deudas de aquella herencia aceptada, los bienes existentes ya en la sociedad conyugal, el dia en que tal herencia fué aceptada por la mujer.

La anterior edición de este Código (que vida no tuvo, pues inmediatamente se publicó esta hoy vigente), no era tan previsora, puesto que en su segundo y último apartado se contentaba con ordenar que en todo caso no podría aceptarse la herencia sino á beneficio de inventario.

Precedentes, los encontramos en la Ley 54 de Toro que es la Ley 10, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación, aunque no eran tales disposiciones tan concluyentes y claras como las de nuestro Código, pero siendo por unas y otras libre la mujer de aceptar la herencia con tal beneficio como sucede en las legislaciones forales.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 826, como el art. 1005 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos al que de nuestro Código comentamos, que relación tiene con los arts. 61, 65, 1010 al 1018 y 1023 del mismo Código, y con el art. 49 de la Ley de Matrimonio civil de 18 Junio de 1870.

Concuerda con el art. 776 del Código de Francia en su primer apartado, con el art. 2024 del Código de Portugal, 1016 del Código de Uruguay (que era idéntico al de la primera edición de nuestro Código), 1225 y 1236 del Código de Chile, 3334 del Código de la República Argentina (como el de Uruguay), 3941 del de México, 3675 del de la Baja California, 3941 del de Campeche, 1186 del de Veracruz-Llave y otros.

Antes de terminar el comentario de este artículo y toda vez que es uno de los modificados en esta segunda edición respecto de la primera que empezó á regir en 1.° de Mayo de 1889, séanos permitido exponer algunas consideraciones acerca de los conflictos, mejor dicho de las dificultades que suelen presentarse en la práctica, respecto de casos ocurridos durante los pocos dias que vigente estuvo la primera edición.

Es indudable que por Decreto de 11 Febrero de 1889 se ordenó que la primera edición de nuestro Código civil quedase en vigor desde el 1.° de Mayo de aquel año, como también lo es que por otro Decreto de 26 del mismo mes de Mayo, se mandó publicar esta segunda edición del Código Civil con las enmiendas y adiciones que á juicio de la sección correspondiente de la Comisión general de codificación fueren necesarias ó convenientes segun el resultado de la discusión habida en ambos cuerpos colegisladores: por consiguiente desde esa fecha de 26 de Mayo de 1889, parece que *ipso facto* debian quedar en suspenso los efectos del nuevo Código; y aunque prescindamos de las razones

más ó menos poderosas que los cuerpos colegisladores tuviesen para iniciar tales modificaciones, no cabe duda que habiéndose mandado publicar esa segunda edición por Decreto de 24 de Julio del mismo año, y siendo las modificaciones introducidas en dicho Código, como la Comisión habilmente supo indicar, más bien una fé de erratas que una nueva ley, parece lo natural que los asuntos que hayan de resolverse por hechos acaecidos desde el 1.° de Mayo de 1889 hasta la publicación de ésta segunda edición, sean regidos por la ley que prevalece como buena y salva de los defectos que se notaron al edicionarla por primera vez, puesto que esta segunda edición no le hace perder su carácter, y únicamente ha sido llamada á deshacer los errores y falsa inteligencia á que pudiera dar lugar una más ó ménos lijera redacción de algunos articulos y algunas verdaderas erratas que nunca hubieran podido prosperar dada la pugna que entre su sentido jurídico y los principios sustentados en la Ley de bases se establecía.

De manera que según estas ligeras consideraciones y atendiendo á los motivos que se exponen por la Comision codificadora en su exposición de 30 de Junio de 1889 para justificar tales enmiendas y adiciones, no podemos menos de sostener que los tribunales al decidir cuestiones debatidas con arreglo al Código, deben fundar sus fallos en las prescripciones de esta segunda edición, sin que en manera alguna puedan atenderse á las ya caducas de la anterior edición desechada por incompleta y cuya aclaración se consideró necesaria.

Hecha esta salvedad que creemos necesaria, y que por hecha debe tenerse respecto de los demás articulos que de la primera edición adicionados ó enmendados se encuentran por ésta, debemos detenernos algún tanto en las relaciones que el articulo que nos ocupa al presente tiene con los articulos anteriormente citados de este Código, y muy especialmente con el 61, que ya en este territorio ha dado lugar á cuestiones debatidas y á negativas de inscripción de ciertas escrituras otorgadas por la mujer casada con autorización judicial.

Para ello hay que distinguir la legislación general de la foral, pues si bien por el derecho común establecido en la Ley 12, tit. 23, Part. 1.ª, como en las Leyes 54 y 55 de Toro, y hoy en el art. 61 de nuestro Código, se prohibe á la mujer adquirir, enagenar y obligarse sin licencia marital, llegando al extremo de que el art. 995 de este mismo Código le prohiba aceptar y repudiar herencias sin la expresada licencia, ó en su defecto, sin la aprobación del Juez; en Cataluña, donde la mujer casada tiene capacidad para disponer de sus bienes parafernales, si se ha de observar rigurosamente lo dispuesto en el art. 12 de este mismo Código, conforme con los principios sentados en el art. 5.° de la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, no cabe duda en nuestro concepto que si bien á la mujer casada le está prohibido en Cataluña como en el resto de España, aceptar y repudiar herencias sin licencia de su marido ó sin la

aprobación judicial, puede enagenar sus bienes parafernales de los que dispone como única dueña, sin entrar á formar parte del haber matrimonial; de la misma manera que en Aragón puede disponer la mujer libremente de sus bienes dotales, ya que allí no se conocen los parafernales, y que existen de derecho gananciales entre marido y mujer. Así es que si una mujer en Cataluña enajena sus bienes parafernales aun sin licencia del marido, la enajenación debe ser valida siendo consecuentes con los principios sostenidos por la legislación foral de dicho territorio, á pesar de lo que previene el art. 1387 de este Código, que no hallándose comprendido dentro del tít. 4.° del libro 1.°, no puede obligar por hoy en Cataluña; mientras que no podía admitir ni repudiar herencias, no sólo por virtud de lo prevenido en al art. 995 que al presente comentamos, sino por lo que se determina en el Derecho Romano, que es el que en esta materia rige en dicho país; y en Aragón podrá la mujer casada enajenar sus bienes dotales, apesar de lo prevenido en el art. 61 de este Código, por cuanto tal precepto es contrario á lo prevenido en el Fuero de aquel país, y según el art. 13 de este Código, sólo en lo que se halle en contradicción ó se oponga á las disposiciones forales ó consuetudinarias que allí actualmente están vigentes, podrá conceptuarse en vigor.

En cuanto á la relación que hemos dicho tenía con el art. 65, basta leer ambos para comprenderla, como la tenía también con el art. 55 de la Ley de Matrimonio civil.

Respecto de lo armónicamente relacionados que el art. 995 y los arts. 1010 y 1018 de este mismo Código se encuentran, con sólo considerar que en estos se sustentan los principios más fundamentales del beneficio de inventario y del derecho de deliberar, ha de comprenderse que de no tener presentes tales principios respecto de las herencias que con licencia de su marido admite ó repudia la mujer casada, se colocaría á esta en peores condiciones que las demás personas comprendidas en aquellas reglas generales. Y en cuanto á la relación armónica que existe entre los preceptos á que nos referimos y el art. 1023 de este mismo Código, como en este se consignan los efectos del beneficio de inventario, y es, por decirlo así, una consecuencia de los principios anteriormente sentados, nadie que bien discurra podrá negar tal relación.

Art. 996. Los sordomudos que supieren leer y escribir aceptarán ó repudiarán la herencia por sí ó por medio de Procurador. Si no supieren leer y escribir, la aceptará á beneficio de inventario su tutor, con sujeción á lo que sobre esta incapacidad se preceptúa en el art. 218.

Todo el que por circunstancias especiales no puede contratar por sí, ni obligarse, ha de emplear medios especialés para la aceptación ó para la repu-

diación de la herencia: y evidente es que, si el sordomudo suple el defecto que le separa de los demás por la instrucción; si sabe cuando menos leer y escribir, podrá dar poderes á personas de su confianza, y por medio de ese Procurador aceptará ó repudiará la herencia según le conviniere; pero sino supiese leer ni escribir, la aceptación ha de hacerse por su tutor como la de cualquier otro incapacitado de igual clase, bajo inventario y sometiéndose á las prescripciones del art. 218 de este mismo Código; es decir después de fijarse judicialmente la extensión y limites de la tutela según el grado de incapacidad del sordo-mudo; lo cual guarda perfecta relación con lo que se determina en el art 213 y en el número 10 del art. 269 del mismo Código.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 1006, proponia un precepto análogo como lo habia propuesto anteriormente el art. 827 del Proyecto de 1851, y concuerda con los arts. 3333 del Código de la República Argentina, 2026 del de Portugal, 3913 del de México, 3677 del de la Baja California, 3943 del de Campeche, 1198 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 997. La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas si no cuando adoleciesen de algunós de los vicios que anulan el consentimiento, ó apareciese un testamento desconocido.

La irrevocabilidad de la aceptación y la repudiación llena un alto fin en la esfera del derecho, pues el admitir su revocación, daria por resultado la más insegura de todas las turnadizas evoluciones de la voluntad del que se obliga, y no habria medio de fijar los modos de adquirir que de la sucesión se derivan, ni jamás podría contratarse con quien, después de aceptar una herencia, quedase en libertad de revocar caprichosamente su aceptación.

Pero la revocabilidad se impone por si misma, aunque como casos excepcionales, cuando aparece un testamento desconocido, posterior al que sirvió de titulo al aceptante, ó cuando se impugna por adolecer de vicios que anulan el consentimiento; en primer lugar porque los supuestos falsos no pueden prevalecer más que hasta el momento en que la falsedad se descubra, á no ser que haya prescrito el derecho, como cuando ya ha expirado el término para la presentación del testamento; pues ha de tenerse en cuenta el lapso de los cuatro meses del testamento militar y el maritimo á que se refieren los articulos 719 y 730 de este Código, cuya falta de presentación produce la caducidad; lo que prescribe el art. 703 con relación á los testamentos otorgados en tiempo de epidemia; lo que preceptúa el art. 742 respecto del testamento cerrado y los demás concordantes de este Código.

El art. 997 del Código que comentamos, si bien reproduce en parte la doctrina de algunas leyes de Partida la 18 entre otras, deroga las Leyes 19 y 20

del tít. 6.°, Partida 6.ª, que concedían el beneficio de restitución *in integrum* á los menores de 25 años, tanto porque este beneficio era perjudicial á esos mismos menores á quienes creía beneficiarse, (razón por la cual debe restringirse en lo posible), como porque exigiendo este Código tantas precauciones y tantos requisitos para la aceptación de las herencias correspondientes á menores, difícil es salvar de manera mejor sus derechos y sus intereses.

Aquí en Cataluña, donde el derecho romano rige é impera en mayor escala que el mismo Fuero propio ú originario, consérvase la restitución *in integrum*, como en Navarra, y una vez aceptada la herencia, es irrevocable; pero en la capital de Barcelona y su municipalidad, que goza del privilegio del *Recognoverunt proceres*, aun después de la adición de la herencia puede renunciarla el heredero.

Precedentes vemos en la Ley 85, tít. 2.°, lib. 29 del Digesto y en las Leyes 18 y 20, tít. 6.°, Partida 6.ª donde ya hemos dicho se concedía el antes mencionado beneficio de restitución *in integrum* á los menores; pero estos derogados quedan por nuestro Código, más técnico, equitativo y justo.

El art. 997 que comentamos en relación está también con los art. 1265 al 1270 de este mismo Código; y concuerda con los arts. 3335 al 3337 del Código de la República Argentina, 942 del de Italia, 2036 y 2037 del de Portugal, 1234 del de Chile, 1022 del de Uruguay, 3958 del de México, 3691 del de la Baja California, 3958 del de Campeche, 1187 del de Veracruz-Llave, siendo las prescripciones de estos cuatro últimos Códigos idénticas al nuestro en lo esencial.

Art. 998. La herencia podrá ser aceptada pura ó simplemente, ó á beneficio de inventario.

Gran agravio haríamos á nuestros lectores si explicásemos qué se entiende por aceptación pura ó simple, porque todos saben es la aceptación incondicional. Ya lo expresó el Digesto en su ley 51, párrafo segundo, tít. 2.°, libro 29: la aceptación ha de hacerse puramente y sin condiciones; la Ley 15, tít. 6.°, Partida 6.ª, ordenó también que la adición, para que fuese válida, había de ser pura, en la totalidad de la herencia, y personal; y el Proyecto de 1851, en su artículo 828, proponía lo mismo, como luego lo propuso el Proyecto de 1882, en su art. 1008.

La equidad, la moral y la justicia imponen el mayor número de restricciones y salvedades en la adición: la justicia, porque lo contrario cedería en perjuicio de los acreedores; la moral, porque sería escandaloso que el heredero obligado por gratitud al testador, pusiera condiciones á la voluntad de éste que para él debe ser sagrada; y la equidad, porque quien beneficios recibe lejos de imponer condiciones para recibirlos debe facilitar la ejecución de la última voluntad de su benefactor.

Concuerda con los arts. 774 del Código de Francia, 929 del de Italia, 774 del de Bélgica, 2018 del de Portugal, 805 del de Austria, 712 del de Vaud, 1090 del de Holanda, 847 del de Guatemala, 1023 del de Uruguay, 3968 del de Méxi-co, 1118 del de Veracruz-Llave, 3968 del de Campeche y 3701 del de la Baja California.

Art. 999. La aceptación pura y simple puede ser expresa y tácita.

Expresa es la que se hace en documento público ó privado.

Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, ó que no habría derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Los actos de mera aceptación ó administración provisional no implican la conservación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título ó la cualidad de heredero.

El articulo que acabamos de transcribir contiene preceptos justos y equitativos que ya en la Ley 11, tit. 6.°, Part. 6.ª, se comprendian por haberlos tomado en su esencia de la Ley 20, tit. 2.°, lib. 29 del Digesto, y del párrafo sexto tit. 19, lib. 2.° de la Instituta; cuyos preceptos en relación están con los contenidos en los arts. 1216 y 1225 de este mismo Código.

La aceptación de la herencia puede hacerse expresa ó tácitamente: se verifica del primer modo cuando de palabra ó por instrumento público ó privado manifiesta que acepta la herencia; y del segundo, cuando sin declaración explicita directa y expresa el heredero ejecuta tales actos que hacen presumir fundadamente su propósito de adirla, pero han de ser actos que sólo el verdadero heredero pueda realizar, pues la administración ú otros actos que puedan hacerse preventivamente para la conservación de las cosas, no implican aceptación: así es que si se apoderase de las cosas ó bienes herenciales y obrara en ellas como verdadero dueño, á menos que proteste de que su intervención no la toma con ánimo de ser heredero, sino con el objeto de que la herencia no sufra el menor detrimento, implicaría una aceptación implicita; asi como también si no siendo albacea, y si instituido heredero, pagase legados, ejercitase acciones propias del heredero, etc., etc. Idénticas teorias siguen las legislaciones forales en esta materia.

El Proyecto de Código Civil de 1851, en su art. 829, como el art. 1009 del Proyecto de 1882, proponia preceptos análogos á los contenidos en el art. 999, que de nuestro Código comentamos; y concuerda éste con los arts. 934 y 935 del Código de Italia, 778 y 779 del de Francia, 721 y 722 del de Vaud, 778 y 779 del de Bélgica, 982 y 997 del de Luisiana, 851 y 852 del de Guatemala, 1095 del de Holanda, 1241 y 1242 del de Chile, 1024 y 1026 del de Uruguay, 3319 y 3328 del de la

República Argentina, 3937 y 3938 de México, 3671 y 3672 del de la Baja California, 3937 y 3938 del de Campeche, y el art. 1189 del de Veracruz-Llave, que es igual al nuestro en lo esencial y muy parecidos los de los tres Códigos anteriores.

Art. 1000. Entiéndase aceptada la herencia:

1.° Cuando el heredero vende, dona ó cede su derecho á un extraño, á todos sus coherederos ó á alguno de ellos.

2.° Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, á beneficio de uno ó más de sus coherederos.

3.° Cuando la renúncia por precio á favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos á cuyo favor se haga son aquellos á quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

Contrario es este precepto en su redacción á las reglas establecidas en ciertos paises; pero es semejante en lo sustancial á lo que el Proyecto de 1851, en su art. 830 proponía; pues propuso que el que por cualquier título enajena su derecho hereditario ó bien lo repudia mediante algún precio, se entiende que ha aceptado la herencia; lo que algo de parecido tiene con el contenido del párrafo 3.° del que nos ocupa.

Comprendese aquí la aceptación tácita; y los tres casos en que la ley presume la existencia de esta aceptación no expresa. Al señalar el Código taxativamente los hechos de los que deduce la aceptación, no puede estar más lógico; pues la venta, la donación y la cesión de su derecho á un extraño, á un coheredero ó á todos ellos, hechos son que no pueden realizarse más que por el que aceptó la herencia; y si ese primer extremo del art. 1000 que comentamos es evidente, no lo es menos el 2.°, en el que se sienta como presunción legal de aceptación el hecho de renunciar la herencia, aunque sea gratuitamente en favor de uno ó más coherederos, pues nadie puede renunciar lo que no es suyo, nadie puede ceder lo que no aceptó: el tercer extremo es la renuncia por precio á favor de todos sus coherederos indistintamente, que equipararse puede á una enajenación, y como nadie puede enajenar lo que no es suyo, ni lo no aceptado podría vender bajo otro concepto, porque la venta supone dominio, si un heredero cede ó renuncia por precio la herencia en beneficio de todos sus coherederos indistintamente, inconcuso es que esto supone una aceptación tácita de la herencia que vende; mas si la renuncia es gratuita, y los coherederos á cuyo favor se hace son aquellos á quienes debe acrecer la porción herencial renunciada, entonces no se puede suponer la existencia de

una aceptación tácita, sino que será una verdadera repudiación por la cual queda vacante la parte que á los demás acrece.

Precedentes tenemos en las Leyes 6.ª, tít. 16, lib. 50 y 29, tít. 2.º, lib. 29 del Digesto, aunque realmente por las leyes Romanas no se entendía que aceptaba la herencia aquel que recibía precio del sustituto ó del heredero legítimo para renunciar la sucesión.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 830, hemos dicho ya lo que proponía, y el Proyecto de 1882, en su art. 1012, propuso que, la donación, venta ó cesión que hace de sus derechos un heredero á sus coherederos, ó a alguno de ellos ó á un extraño, supone por su parte la aceptación de su sucesión; y que igual aceptación supone la renuncia, aunque gratuita, que haga uno de los herederos en provecho de uno ó varios de sus coherederos, y la renuncia que haga en provecho de todos sus coherederos indistintamente cuando recibe el precio de su renuncia.

El art. 1000 que de nuestro Código comentamos está en perfecta relación con lo prevenido en los arts. 1018, 1019, 1445, 1450, 1526 y 1531 de este mismo Código; y concuerda con los arts. 926 al 938 del Código de Italia, 780 del de Francia, 2029 del de Portugal, 780 del de Bélgica, 3321, 3322 al 3327 del de la República Argentina, 1027 del de Uruguay, 1230 del de Chile, 1287 del de California y otros.

Art. 1001. Si el heredero rechaza la herencia en perjuicio de sus propios coherederos, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél.

La aceptación sólo aprovechará á los acreedores en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, si no que se adjudicará á las personas á quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código.

Al dictar tales preceptos quiso el legislador evitar todo fraude á los acreedores y no autorizar á los deudores de mala fe con una supuesta renuncia á burlar la buena fe de sus acreedores; por esto, si el heredero repudia una herencia en perjuicio de los acreedores, éstos pueden pedir al Juez les atienda para aceptarla en su nombre; pero esta aceptación no puede ni debe aprovechar ni aun á esos mismos acreedores mas que en cuanto á lo necesario para cubrir sus créditos, sin que del resto pueda obtener porción alguna el renunciante bajo ningún concepto, pues corresponde ya en virtud de la renuncia á sus coherederos, según las reglas establecidas en este mismo Código en los arts. 981 al 987, para regular el derecho de acrecer.

Este precepto, sentado también en la mayoría de los Códigos modernos, es

un corolario del principio establecido por este mismo Código acerca de que los acreedores pueden ejercitar los derechos y las acciones del deudor, y por ello en el caso del presente articulo es necesario que la renuncia haya sido hecha con intención fraudulenta por parte del llamado á la sucesión, porque aquí no se trata de un acto á titulo oneroso, toda vez que la renuncia supone una abdicación gratuita de la herencia, razón por la cual es suficiente que los acreedores sufran un perjuicio, para que reclamen sus créditos hasta donde alcancen los bienes renunciados por el deudor. Pero así como en otros casos pueden los acreedores ejercitar los derechos y acciones de sus deudores, refiriéndose siempre á derechos y acciones que bajo su dominio se encontraban, y como de los mismos todos reconocian, al tratarse de la renuncia de una herencia es indispensable que el crédito del demandante sea de fecha anterior á la renuncia de la herencia y que los bienes del deudor sean insuficientes para satisfacer la deuda, pues en otro caso la renuncia beneficiaria sólo á los coherederos y los acreedores no tendrian acción más que contra los propios bienes del deudor suficientes al pago de su crédito. De todos modos los coherederos del renunciante pueden oponerse á la acción de los acreedores satisfaciendo sus créditos; más la renuncia se anula solo en beneficio de los acreedores que han aceptado en lugar del heredero para lograr el cobro de las deudas de éste, siendo irrevocable dicha renuncia y subsistiendo siempre con relación al heredero que la hizo: así es que cuando los créditos no absorven la porción de los bienes que en la herencia liquida hubiera tenido el heredero renunciante, lo que sobra de su porción hereditaria no pertenece ya al heredero que por su renuncia perdió todos sus derechos, ni á los acreedores cuyos derechos no alcanzan más allá de la extensión de sus créditos, y que por consiguiente sólo podian ejercitarlos hasta cobrar lo que les era debido: asi es que el excedente de dicha porción, cubiertos los créditos á que antes nos hemos referido, solamente recae en los coherederos del renunciante, y por ello, como que los acreedores no pueden tomar ese exceso de la herencia, tampoco pueden contraer ni contraen la obligación de atender personalmente á las deudas y cargas de la sucesión en la que representan al renunciante. Si así no sucediese, acaeceria con frecuencia que algunos coherederos que en duda estuvieren respecto del montante de las cargas y deudas de la herencia renunciarian á ésta para que concurriesen á ella en su nombre los acreedores, y cuando llegase el caso de ver que había un remanente bastante crecido en el que podia lucrarse, se veria muy conforme el renunciante en continuar la representación de aquellos para adquirir sin exposición alguna la cantidad proporcional que le hubiera correspondido, de no haber verificado la renuncia.

Precedentes que en conformidad estén con el precepto que nos ocupa, no existian en el Derecho Romano, pues las leyes del Digesto (28, tit. 15 y 116 tit. 16, lib. 50), que algunos evocan como tales, más bien están en contradic-

ción con lo que nuestro Código previene, toda vez que éste viene á derogar el rigorismo sentado en el derecho romano; y si en la Ley 7.ª, tit. 15, Part. 5.ª algo se consignó relativo al asunto de las renuncias, no hay tampoco esa conformidad que se pretende ni puede conceptuarse como verdadero precedente de los preceptos en este artículo consignados.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 831, y el Proyecto de 1882 en su art. 1013, propusieron preceptos análogos; y concuerda con el art. 788 del Código de Francia, casi igual al nuestro, y que confirmado está por varias decisiones del Tribunal de Casación de aquel pais, muy principalmente por la de 15 de Marzo de 1859; con los arts. 949 del Código de Italia, 788 del de Bélgica, 2040 del de Portugal, 1028 del de Uruguay, 1238 del de Chile, 864 del de Guatemala, 1107 del de Holanda, 730 del de Vaud, 1014 del de Luisiana, 3351 del de la República Argentina, 3961 y 3962 del de Campeche, 3694 y 3695 del de la Baja California, 3961 y 3962 del de México, 1191 del de Veracruz-Llave y 1295 del de Colombia.

Art. 1002. Los herederos que hayan sustraido ú ocultado algúnos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el caracter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.

Confusión parece introducir este articulo entre la responsabilidad civil y la penal á que dar lugar pudiera un acto de un heredero que realmente debiera encontrarse dentro del derecho penal, y que con arreglo al mismo debe castigarse pues el heredero que sustrae ú oculta alguno de los efectos de la herencia, no deja de cometer una empresa que en perjuicio de tercero se lleva á cabo, mediante un apoderamiento de cosa que todavia no le pertenece y que en duda está de si pudiera pertenecerle, cuyo apoderamiento, mediando intención de lucro, como media siempre, no deja de constituir un verdadero delito comprendido en el Código penal. Bien es verdad se nos dirá que el articulo que comentamos, envuelve un particular en que se hacen indicaciones claras de las responsabilidades en que puede incurrir aquel que sustrae ú oculta alguno de los efectos de la herencia, y que además dicho articulo obliga al que de tal manera obra á renunciar la herencia y á quedar con el carácter de heredero puro y simple; mas nosotros no estamos conformes con tales teorias pues creemos que el hombre que de una herencia á la que es llamado á suceder, hurta (que este es su verdadero nombre) una cosa que á la misma corresponde, además de estar sujeto á las penalidades que entraña el tit. 13 del lib. 2.° del Código penal, debia perder todos los derechos que á la sucesión tuviese, pues esta era la única manera de evitar los abusos que con tanta frecuencia se cometen en las testamentarias.

Las Leyes 9 y 12, tit. 6.°, Part. 6.ª, como el Digesto, consideraban que el

heredero extraño que hurtase algo de la herencia, no debía conceptuarse que la aceptaba, pero siendo heredero forzoso tanto si hurtaba como si maliciosamente ocultase ó comprase por medio de tercera persona, cosa que á la misma herencia perteneciere, le imponía la obligación de aceptar como consecuencia de tales actos.

En virtud de las disposiciones de nuestro Código, ha desaparecido hoy esa diferencia entre el heredero forzoso y el voluntario en cuanto á la aceptación de la herencia, pues cualquiera que sea su clase pierde la facultad de renunciarla y queda como hemos dicho antes con el carácter de heredero puro y simple.

El art. 1002 que de nuestro Código comentamos, en relación se eucuentra con los arts. 998 y 1024 de este mismo Código; y concuerda con los artículos 792 del Código de Francia, 953 del Código de Italia, 792 del Código de Bélgica, 732 del Código de Vaud, 1231 del Código de Chile, 3331 del de la República Argentina, 709 del de Nápoles, 910 de Holanda, 1022 de Luisiana, 1192 de Veracruz-Llave, 856 del Guatemala, 1029 del de Uruguay, 3965 del de México, 3698 del de la Baja California y 3965 del de Campeche; previniendo éstos con muy buen acuerdo que el heredero que por sentencia firme es declarado culpable de haber ocultado ó sustraído algo de la herencia, es responsable de daños y perjuicios, y queda además sujeto á las prescripciones del Código penal; mientras que el precepto antes citado del Código Argentino, sólo preceptúa que el que no hubiere aceptado ó repudiado la herencia, y hubiese ocultado ó sustaaido algunas cosas hereditarias teniendo otros coherederos, será considerado como que ha aceptado la herencia; cuyo precepto, mal redactado en su forma, y siguiendo servilmente en parte las inspiraciones de las Leyes Romanas y las de nuestras Leyes de Partida antes citadas, está enteramente conforme con aquellas en cuanto se refiere á los herederos legítimos ó forzosos, pero es contrario á lo determinado en aquellas disposiciones en lo relativo al heredero extraño ó voluntario.

Art. 1003. Por la aceptación pura y simple, ó sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, si no también con los suyos propios.

Evidente es que la aceptación pura y simple ó sin beneficio de inventario, produce el efecto de obligar al heredero á responder de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes que integran á ésta, sino con los bienes propios del heredero, ó sean los que anteriormente á la aceptación le correspondieran cuyo principio es tan equitativo y justo que todas las legislaciones lo han admitido, y como el heredero es el representante legal del testador, y el que

parece viene á continuar su personalidad, nada más conforme al buen sentido es, que el que pudiendo aceptar ó repudiar una herencia, opta por su aceptación y se inclina á representar la personalidad del causante de dicha sucesión, contraiga la obligación de pagar sus deudas y satisfacer las cargas de la referida herencia, pues la aceptación de ésta, causa definitivamente la confusión de los bienes herenciales con los del patrimonio del heredero, y trae consigo la extinción de sus deudas ó créditos á favor ó en contra del difunto y la extinción de los derechos reales con que estaban gravados los bienes á favor del finado ó de los derechos que les competian sobre sus bienes.

La Ley 10 tit. VI Parte 6.ª es un precedente del derecho común de nuestra pátria, tomado de la Ley 10 tit 30, lib. 6.º del Código Justinianeo y de la Ley 8, tit. 2, lib. 29 del Digesto; habiendose propuesto preceptos análogos enel articulo 831 del Proyecto de Código Civil de 1851 y en el art. 1015 del Proyecto de 1882, en cuya conformidad decidió varios casos el Tribunal Supremo en diversas sentencias entre otras la de 1.º de Febrero de 1861 que determina la sana y lógica doctrina sustentada hoy por este nuestro Código.

El art. 1003 que al presente comentamos, en relación está con los arts. 1010, 1011 y 1084 de este mismo Código, y concuerda con los arts. 940 del Código de Italia, 3342 del de la República Argentina, 1031 del Código de Uruguay, 1245 del de Chile, 2019 del de Portugal, 853 del Código de Guatemala, 1194 del de Veracruz-Llave, siendo casi idénticos al nuestro los preceptos de los articulos que se acaban de citar; mientras que están en abierta oposición con ellos, no sólo el art. 3967 del de México, que algún publicista como concordante cita, sino que también el articulo 3968 de dicho Código, como lo están del mismo modo los articulos 3700 y 3701 del Código de la Baja California, y los 3967 y 3968 del Código de Campeche que son una consecuencia el uno del otro; pues si en los primeros articulos citados de los respectivos tres Códigos se dice que la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero, es porque en aquellos paises toda herencia se entiende aceptada, con el beneficio de inventario aunque no se exprese; y por lo tanto allí como aquí tiene que suceder que en cuanto existe inventario herencial, la responsabilidad del heredero se reduce á cubrir las deudas de la herencia y las cargas anejas á la misma, hasta donde alcancen los bienes inventariados, por lo cual debe significarse ésta aparente diferencia que resulta entre nuestro Código, y los tres americanos á que nos referimos, con cuyos preceptos generalmente se encuentra tan conforme el que comentamos.

Art. 1004. Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquél de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte ó repudie.

El precepto de este artículo es una consecuencia de lo que se determinó al tratar de los testamentos cerrados en cuanto al plazo por la ley concedido para la presentación del testamento, y asi como en el artículo 712 de este mismo Código se determina que la persona que tuviese en su poder un testamento cerrado, incurre en responsabilidad si no lo presenta ante el Juez competente dentro el término de los diez dias desde que tuviere conocimiento de la muerte del testador, del mismo modo el artículo que de nuestro Código al presente nos ocupa, ordena que hasta que sean transcurridos los nueve dias posteriores á la muerte del testador ó sea de la persona de cuya sucesión se trate, no podrá intentarse acción alguna contra el heredero para que acepte ó repudie la herencia, porque si la ley concede un término para presentar el título que sirve de base á la sucesión, con mucha más razón será indispensable que transcurra este término para que pueda compelérsele al heredero á aceptar ó repudiar la herencia. Esto mismo ordenaba nuestra legislación general y el Fuero catalán, pues tomados la mayor parte de sus preceptos del Derecho romano se ven en las Leyes 15, tít. 16, Part. 1.ª y 13 tít. 9, Part. 7.º, como en el Digesto, disposiciones tales que dan lugar al transcurso de cierto termino durante el cual no puede accionarse en el sentido de que se acepte ó se repudie una herencia, si bien algunos consideran como causal de tal prescripción la señal de luto y el respeto al natural dolor de las personas que han perdido un ser querido durante ese novenario en el que ordinariamente no se ventila ninguno de los negocios relativos á la testamentaría de que se trata.

Precedentes se encuentran en la Ley 2.ª, tít. 4.º, lib. 2.º del Digesto; Novelas, 60 y 115; y leyes 15, tít. 13, Partida 1.ª, y 13, tít. 9.º, Partida 7.ª.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 841, como el art. 1016 del Proyecto de 1882, propuso preceptos análogos, que no podían menos de prevalecer en nuestro Código por su equidad y justicia.

Concuerda con los arts. 1314 y 3357 del Código de la República Argentina, 1032 del de Uruguay, 1232 del de Chile, 3957 del de México, 3690 del de la Baja California, 3957 del de Campeche, y 2041 del de Portugal.

Art. 1005. Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte ó repudie, deberá el Juez señalar á éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada.

Cuando un tercero, interesado, insta en juicio que el heredero acepte ó repudie la herencia, el Juez debe señalarle al heredero un término que exceder no pueda de treinta días, á su arbitrio, para que dicho heredero haga la declaración de que acepta ó repudia la herencia, con apercibimiento de que si no lo hace dentro de dicho término, se le tendrá como aceptante; y esto es de buen

sentido, cómo que de no señalarse un término prudencial, podría quedar la herencia yacente, con todas sus consecuencias, lo cual originaría infinidad de perjuicios á los particulares y á la Hacienda.

El Proyecto de 1851, en su art. 835, como el art. 1017 del Proyecto de 1882, en lo sustancial, propusieron idénticos preceptos; y concuerda con los artículos 3314 del Código de la República Argentina, 2041 del de Portugal, 1240 del de Chile, consignándose en el 1232 el plazo de 40 días; 1032 del de Uruguay, 3957 del de México, 3690 del de la Baja California, 3957 del de Campeche, 1199 del de Veracruz-Llave, 1289 del de Colombia, 857 del de Guatemala, 951 del de Italia, 789 y 790 del de Francia, 1101 del de Holanda, 2226 del de Sajonia, y otros.

Art. 1006. Por muerte del heredero sin heredar ni repudiar la herencia pasará á los suyos el mismo derecho que él tenía.

Otra de las verdades axiomáticas y de pura sinderesis, es la que se prefija en el art. 1006 que al presente nos ocupa, cuyo precepto es tan claro y terminante, que no sólo no necesita explicación, sino que ni aun necesitaba consignarse en una ley positiva para que todos los que regularmente discurriesen comprendieran que si el heredero muere sin aceptar ni repudiar la herencia, los derechos que él tenía deben pasar y pasarán á los suyos por el ministerio de la ley. Y esto no lo decimos nosotros, lo decía anteriormente la Ley 2.ª, tít. 6.°, Part. 6.ª, y está en perfecta relación con lo que se previene en los arts. 766, 889, 924, 928 y 1035 de este mismo Código.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 836, y el art. 1018 del Proyecto de 1882, proponían preceptos análogos; y el primero añadía que esos derechos del heredero pasaban á sus sucesores, no solo cuando había muerto sin aceptar ni repudiar la herencia, sino hasta cuando hubiera fallecido sin saber siquiera que le hubiere sido deferida tal herencia, lo cuál no tiene nada de particular, porque los derechos de una persona, aun que los ignore, suyos son mientras por prescripción no se extingan, y por consiguiente, como suyos pasan á sus sucesores por el ministerio de la ley.

Concuerda el precepto que de nuestro Código comentamos, con los artículos 781 del Código de Francia, 939 del de Italia, 781 del de Bélgica, 734 del de Vaud, 1097 del de Holanda, 2032 del de Portugal, 1001 del de Luisiana, 3316 de la República Argentina, 3945 del de México, 1200 del de Veracruz-Llave, 3679 del de la Baja California, 3945 del de Campeche, 957 y 1228 del de Chile, 1014 y 1285 del de Colombia, 2265 del de Sajonia, y otros.

No podemos terminar este comentario sin indicar siquiera que en las leyes 2.ª y 13 del tít. 6.°, Part. 6.ª, se distinguían perfectamente los casos en que los herederos testamentarios fuesen herederos legítimos de los en que fuesen extraños; puesto que cuando la condición de heredero testamentario recaía en

un heredero legítimo del testador, si repudiase la herencia testada el instituído, pasaban los bienes herenciales á sus descendientes, mientras que si el instituído era un extraño, era preciso la adición de la herencia para transmitirla á sus sucesores, porque quien no admite, á un extraño la herencia, no puede transmitirla: *Hœreditas non adita non transmittitur.*

Art. 1007. Cuando fueren varios los herederos llamados á la herencia, podrán los unos aceptarla y los otros répudiarla. De igual libertad gozará cada uno de los herederos para aceptarla pura y simplemente ó á beneficio de inventario.

Ya se indicó anteriormente que así como una herencia no puede aceptarla un heredero en parte, y en parte repudiarla, pueden si unos herederos aceptar la parte á los mismos correspondiente y quedan en libertad los otros herederos de aceptar ó repudiar la parte que á los mismos había de corresponderles; y esto es tan claro y tan evidente que no necesita comentario, pues establecida la libertad de aceptación ó repudiación, teniendo presente los principios del derecho de acrecer, y pudiendo morir cualquiera parte testado y parte intestado, cuando de cosas determinadas se trata, y aceptados los principios que con relación á los legados se sustentan en los arts. 889 y 890, justo es el sostenimiento de los mismos principios en relación á la herencia y el desenvolvimiento de aquellas teorías en el caso presente; pues la libertad individual de cada uno de los que á la herencia concurren no puede quedar obligada por la voluntad de otro de los coherederos, toda vez que además del respeto que se merece el pensamiento y la voluntad de cada uno, siempre que su desarrollo no perjudique á los demás, sería contrario á la equidad y á la justicia que, por el mero hecho de aceptar uno de los coherederos la parte de la herencia que le correspondiera, viéranse obligados los demás á igual aceptacion sin tener en cuenta que lo que á uno puede convenirle á otro puede perjudicarle, que la aceptación impone obligaciones á las que á nadie debe sujetarse forzosamente, y por lo mismo que en derecho existe el principio inconcuso de que todos pueden renunciar á lo que no les beneficia, siguiendo ese principio elemental de derecho, no cabe medio de dejar de aplicarlo á la aceptación ó repudiación de las herencias; y, aplicándolo, no puede menos de sostenerse como lógico, justo y equitativo el precepto del art. 1007 que de nuestro Código comentamos, en su primera parte, es decir, en cuanto á la libertad que se deja á cada uno de los coherederos para que puedan aceptar unos y repudiar otros dicha herencia: y esto está admitido en todas las legislaciones modernas, y conforme está con lo prevenido en los artículos anteriormente citados, y con lo que se prescribe en el art. 988 de este mismo Código.

Tiene otra parte el art. 1007 que nos ocupa, acerca de la cual estamos per-

fectamente conformes y no cabe duda de que cada uno de los coherederos tiene y debe tener libertad para aceptar la herencia pura y simplemente ó á beneficio de inventario; mas esto que lo vemos patente y que como inconcuso pasa en Francia, en Bélgica, en Italia y otra porción de pueblos civilizados, no sucede lo mismo en algunas Repúblicas de la América central y principalmente en México, en la Baja California y en Campeche, ni puede suceder en estos paises lo que sucede en nuestra patria, porque ninguno de los Códigos de las Repúblicas anteriormente citadas admiten la posibilidad de que la herencia sea aceptada de otro modo que á beneficio de inventario, pues conceptúan que toda herencia se entiende aceptada con tal beneficio de inventario, aunque no se exprese que asi se haga; y por ello no cabe en aquellos paises suponer que la aceptación produzca confusion de los bienes del autor de la herencia con los del heredero; en cuya confusión precisamente se fundan el Código de la República Argentina y otros varios como el Francés, el Belga y el nuestro entre ellos, para que por la aceptación pura y simple, ó sin beneficio de inventario quede el heredero responsable de todas las cargas de la herencia nó solo con los bienes que la integran, sino también con los suyos propios, que es precisamente lo que preceptúa el artículo 1003 de nuestro Código y en el cual quisiéramos haber hecho notar la diferencia que se encuentra entre sus prescripciones, y las de los Códigos americanos antes citadas, si bien no se verificó alli tal explicación por no hacer quizá difuso el comentario de dicho articulo, en el que se llamaba la atención sobre las opiniones de algunos publicistas acerca de la inexactitud relativa de ciertas concordancias aducidas.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 1019, que parecia estar conforme con los párrafos 2.° y 3.° del art. 836 del Proyecto de 1851, prevenia que, cuando los herederos no se pusieren de acuerdo sobre la aceptación ó repudiación de la herencia, podrán unos aceptarla y otros repudiarla, pero los que la acepten lo harán por la totalidad: lo cual si hubiera sido ley ó se hubiese consignado en nuestro Código, no hubiera sido tan lógico ni tan justo como lo que se consigna en el articulo que comentamos aunque en la esencia venga á parar en la misma cosa, porque si bien se estudia lo que proponia tal Proyecto, se verá que, los que aceptan la herencia, como consecuencia natural de su aceptación, entran á adir la totalidad de la misma herencia, por la razón sencilla de que, habiendo como hay conjunción en el nombramiento ó institución de herederos de diferentes personas para una misma herencia, y resultando vacante la porción ó porciones del heredero ó los herederos que repudien la participación que en dicha herencia pudieran tener, vienen lógicamente, por el derecho de acrecer que nace de esa conjunción y de esa vacante, á resultar los aceptantes los verdaderos herederos de la totalidad de la herencia.

También prevenia aquel Proyecto que, si la diferencia entre los coherede-

ros consistía en querer aceptarla, unos á beneficio de inventario y otros simplemente, se entendiese aceptada á beneficio de inventario, y esa aceptación aprovechase á todos los coherederos; cuya proposición daba á entender cierta tendencia á sentar las teorías desarrolladas en el Código de México, pero conculcaba la libertad que debe haber en todo heredero de utilizar ó prescindir del beneficio de inventario.

Concuerda la primera parte del artículo que comentamos con el segundo párrafo del art. 1200 del Código de Veracruz-Llave ya citado en el comentario del artículo precedente al que nos ocupa, con la primera parte del art. 1035 del Código de Uruguay, con los arts. 940 del de Italia, 782 del de Bélgica, 782 del de Francia, 1031 del de Portugal, 1240 del de Chile, 725 del de Vaud, 1096 y 1105 del de Holanda, 1002 y 1015 del de Luisiana, 3944 del de Mexico, 3678 del de la Baja California, 3944 del de Campeche y otros.

Art. 1008. La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público ó auténtico, ó por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría ó del abintestato.

El legislador ha querido al consignar este precepto, demostrar que la repudiación de la herencia no ha de entenderse por meras presunciones, sino que ha de hacerse expresa y notoriamente, pues como en general perjudica al que la hace, y nunca debe presumirse que persona alguna quiera perjudicarse, de aquí el que, así como para la aceptación, la presunción siempre la apoya y no se necesita las más veces de una aceptación expresa para comprender su existencia, la repudiación, el perjuicio, la renuncia de los derechos y el apartamiento de lo que á uno le beneficia, no puede tener lugar sino se hacen expresamente; y aunque la Ley 95, tít. 2, lib. 29 del Digesto, como la Ley 18, tít. 6, Part. 6.ª, prevenían que la repudiación de la herencia podía ser expresa ó tácita como la aceptación, tenemos otra ley de Partida que es la 101, tít. 8.º, Partida 3.ª, de la que se deduce que la repudiación debe hacerse por instrumento público. Y esto se comprende perfectamente, porque, aparte de las consideraciones anteriormente expuestas, hay que comprender que la renuncia de una herencia, no sólo interesa conocerla á los acreedores del renunciante para constituirse en su lugar y caso hasta resarcirse de la deuda, sino que interesa también á los herederos llamados en lugar del renunciante; y como por otro lado ya hemos dicho que la renuncia á una sucesión es la abdicación de un derecho, es una especie de enajenación, por esto son necesarias las formalidades que la ley prescribe, y que la renuncia sea expresa, ya haciéndola por instrumento público ó auténtico, ya por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria ó *ab intestato* de que se trate.



En relación está el artículo que nos ocupa con los arts. 62 y 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil y con los arts. 1216 y 1280 de este mismo Código.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 837, propuso algo análogo al precepto que nos ocupa, y el Proyecto de 1882 en su art. 1020, modificando algún tanto el primer Proyecto, proponía que la repudiación de la herencia debía hacerse en instrumento público autorizado por Escribano del domicilio del repudiante ó del difunto.

Concuerda con el art. 784 del Código de Francia, que previene que la renuncia de una herencia no se presume, que deberá hacerse precisamente en la Escribanía del Tribunal de primera instancia del distrito en que radique la sucesión, debiendo inscribirse en un registro particular que se llevará al efecto, cuya doctrina sostuvo el Tribunal de Casación de aquel país en diferentes sentencias dictadas, entre otras las de 17 de Agosto de 1815, 14 de Noviembre de 1855, 24 de Noviembre de 1857 y 15 de Noviembre de 1858; concordando también con el art. 944 del Código de Italia, 784 del de Bélgica, 1010 del de Luisiana, 1103 del de Holanda, 1235 del de Chile, 727 del de Vaud, 3345 y 3346 del de la República Argentina, 1201 del de Veracruz-Llave, 1037 del de Uruguay, 862 del de Guatemala, 2034 del de Portugal, 3947 del de México, 3681 del de la Baja California y 3947 del de Campeche.

Art. 1009. El que es llamado á una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

Repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste.

El precepto de este artículo parece raro y hasta anómalo, y tiene algo que produce cierta confusión y que hasta sienta un principio contradictorio con algunos de los preceptos consignados en este Código, pues si bajo dos conceptos ó por dos títulos distintos tiene uno derecho á acudir á la sucesión de determinada persona, no vemos razon lógica en virtud de la cual cuando uno renuncie á lo que por testamento es llamado á heredar, ha de entenderse también como renunciante de lo que *ab intestato* le corresponda en aquella herencia, y hasta implica contradicción con lo que en este mismo Código se ha preceptuado en el art. 890, es decir, que la renuncia de un legado ó de una parte que en testamento se deja á un heredero forzoso, no le priva de adquirir lo que por legítima le correspondiere; así es que realmente creemos que más lógico sería que aquel que renuncia lo que por testamento se le otorga, pudiera conservar lo que por legítima le corresponde y que estas renuncias de lo testado y lo intestado debieran hacerse expresamente.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 840, propuso un precepto algo pa-

recido al que al presente nos ocupa, y el art. 1021 del Proyecto de 1882, proponia que el heredero testamentario que fuera también llamado á la herencia *ab intestato*, en el caso de declararse nulo el testamento, aunque repudie la herencia por un título puede aceptarla por otra; cuya proposición encontramos más lógica y equitativa que el precepto que comentamos, y más conforme á lo que determina el art. 945 del Código de Italia, en cuyo último apartado se previene que la renuncia de una herencia no le impedirá al renunciante el poder reclamar los legados que se le hayan hecho.

Concordancias encontramos en varios Códigos extranjeros, si bien en algunos, como el art. 845 del de Francia, el 3355 del de la República Argentina, el 845 del de Bélgica y algunos otros, realmente no tienen más que una ligera analogía con el que de nuestro Código nos ocupa, pero el que verdaderamente tiene tan perfecta concordancia que parece idéntico, es el art. 2038 del Código de Portugal, en el que se previene que el heredero llamado por testamento y *ab intestato* que repudia la herencia por el primer concepto, se supone que la repudia igualmente por el segundo; pero si la repudiase como heredero *ab intestato* sin tener noticia del testamento, puede aceptarla por este título, no obstante la repudiación anterior, en cuya última parte está también conforme el art. 1039 del Código de Uruguay; si bien el art. 2039 del Código de Portugal viene á confirmar la opinión por nosotros anteriormente sustentada, y es que de la repudiación de la herencia del testador que dispone de la parte que la ley le deja libre no se desprende la repudiación de la legitima, pues ésta debe repudiarse expresamente.

El art. 1204 del Código de Veracruz-Llave, es idéntico al nuestro; y los artículos 3949 y 3950 del Código de Campeche, como los arts. 3683 y 3684 del Código de la Baja California, y los arts. 3949 y 3950 del Código de México, forman los dos artículos citados de cada uno de los expresados Códigos en conjunto el mismo artículo de nuestro Código y del de Veracruz-Llave antes citado, si bien deberá hacerse presente que el art. 3951 del Código de México é igual artículo del Código de Campeche, vienen á sentar una excepción respecto de lo prevenido en el 3949 ó sea el primer apartado del nuestro, cuya excepción viene también á corroborar la opinión antes vertida por nosotros respecto de la improcedéncia de extender tácitamente la renuncia ó repudiación hasta la legitima del heredero forzoso, mucho más si renunciase ó repudiase la parte que en el testamento se le dejare por habérsele instituído con alguna condición ó gravamen sobre su propia legitima.

SECCIÓN QUINTA

DEL BENEFICIO DE INVENTARIO Y DEL DERECHO DE DELIBERAR

Art. 1010. Todo heredero puede aceptar la herencia á beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido.

También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar ó repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto.

Siendo responsables como son los herederos, hasta con sus propios bienes, de las deudas y obligaciones del testador, no puede menos de admitirse como consecuencia de tal obligación el beneficio de inventario y el beneficio de deliberación, pues tamaña injusticia sería que obligado el heredero á representar en todas sus partes al testador, y contrayendo obligaciones que de él no nacieron, fuera á privársele del beneficio de inventario para no confundir los bienes herenciales con los suyos propios y no obligarse más de aquello á que la herencia alcance, y fuese tambien á privársele del beneficio de deliberar acerca si le era ó no conveniente aceptar la herencia.

El beneficio de inventario es aquel que se concede al heredero para que determinando todos y cada uno de los bienes del finado en escritura pública, no se le pueda obligar á responder de las deudas de aquel más que hasta donde alcancen sus bienes, mientras que el beneficio de deliberar consiste en la concesión de un plazo dentro del cual puede el heredero resolver con perfecto conocimiento de causa si le conviene ó no aceptar la herencia. Ambos beneficios introducidos fueron en Roma por la época de Justiniano, y admitidos fueron en nuestra legislación patria por las Leyes de Partida, como lo fueron tambien por varias de nuestras disposiciones forales, más no en Aragón; sin que entremos á dar mayores explicaciones de este particular, que reservamos para cuando se trate de esta materia ante el derecho foral.

El artículo que comentamos está en relación con los arts. 792, 992, 995, 998 y 1031 de este mismo Código; y tanto el Proyecto de 1851 en su art. 842, como el Proyecto de 1882 en su art. 1022, proponian preceptos análogos.

Concuerda con el art. 795 del Código de Francia, en el que se conceden tres meses de término para hacer inventario á contar desde el dia en que se abrió la herencia, más cuarenta dias para deliberar su aceptación ó renuncia, cuyo último término de cuarenta dias, se contará desde el en que espiraren los tres meses antes indicados.

Concuerda igualmente con el art. 956 del Código de Italia, 795 del Código de Bélgica, 1040 del Código de Uruguay, 3358 y 3362 del Código de la República

Argentina, 3970 del de México, 3773 del de la Baja California, 3970 del de Campeche y 1208 del de Veracruz-Llave.

Art. 1011. La aceptación de la herencia á beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario, ó por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría ó abintestato.

Acerca de este precepto poco puede decirse, por cuanto es una mera fórmula de llevar á cabo la aceptación de la herencia á beneficio de inventario; fórmula acertadisima, pues nada ha de justificar mejor la aceptación que el instrumento público otorgado ante Notario, ó las actuaciones ante los Jueces competentes para prevenir el juicio de testamentaria ó abintestato, competencia que se determina en la regla 5.ª del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley 5.ª, tit. 6.°, Part. 6.ª, disponia que el inventario se hiciese ante Escribano público; el Proyecto de Código de 1851, proponia que dicha aceptación debia hacerse ante el Alcalde del pueblo en que tenia el difunto su domicilio, si el domicilio del heredero no distase más de diez leguas, y siendo mayor la distancia, ante el Alcalde del pueblo del heredero; el Proyecto de 1882, en su art. 1023, proponia preceptos análogos; y según nuestro Código, al presente en vigor, es el Juez competente del domicilio del finado ante quien debe verificarse tal declaración, sino la hiciere en instrumento público ante Notario.

Concuerda con los arts. 3793 del Código de Francia, 955 del de Italia, 793 del de Bélgica, 802 del de Austria, 1070 del de Holanda, 1041 del de Uruguay, y 3363 del de la República Argentina que dice que la aceptación bajo inventario no se presume; debe ser expresa, y el heredero que asi quiera aceptar, debe declararlo ante el Juez á quien corresponda conocer de la sucesión, en el término de diez dias; no teniendo allí efecto alguno cualquier otra declaración, aunque se verifique por un acto auténtico.

Fiel observador este pais del Derecho Romano, no será preciso esponer á nuestros lectores que en Cataluña era suficiente hacer el inventario ante un Escribano, pero como la Ley de Enjuiciamiento Civil es de aplicación general, todas las regiones forales acomodáronse á las prescripciones de la misma y por ello en cuanto á la forma de verificar el inventario no nos cabe duda que se observó lo en dicha ley de procedimientos prevenido en toda la peninsula, y por lo tanto excusado es decir que en Navarra cuyos fueros concuerdan en esta materia esencialmente con el derecho común, se han sometido á las mismas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero si debemos indicar que en Aragón se sucede siempre bajo inventario aunque no se exprese; de manera que con la legislación Aragonesa conformes estan los preceptos de los Códigos de México, Campeche y Baja California sobre este particular.

Art. 1012. Si el heredero á que se refiere el artículo anterior se hallara en país extranjero, podrá hacer dicha declaración ante el Agente diplomático consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de Notario en el lugar del otorgamiento.

De la misma manera que el testamento puede hacerse en el extranjero ante el Agente diplomático ó consular de España, así la declaración de aceptar la herencia bajo beneficio de inventario deberá efectuarse ante los mismos funcionarios, que habilitados están para ejercer las funciones de Notario en el lugar del otorgamiento, por más que, segun el párrafo segundo de la regla quinta del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sea Juez competente para conocer de la testamentaria ó abintestato de una persona que hubiese muerto en el extranjero, el del último domicilio que tuviere en España. El art. 22 del Reglamento de la carrera consular aprobado por Real Decreto de 23 de Julio de 1883, confiere á los cónsules atribuciones judiciales y notariales y el art. 32 del mismo Reglamento dá facultades á los vicecónsules para que ejerzan los cargos de Notarios y secretarios judiciales.

Art. 1013. La declaración á que se refieren los artículos anteriores no producirá efecto alguno si no va precedida ó seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresarán en los artículos siguientes.

Evidente es que la declaración de aceptar la herencia bajo beneficio de inventario á que se refieren los tres artículos anteriores, no puede producir efecto alguno si no va precedida ó seguida del más fiel y exacto inventario de todos los bienes herenciales hecho con las formalidádes que la Ley prescribe y dentro de los términos que se expresan seguidamente en esta misma sección.

De manera que aun que parezca raro que tal inventario se exija al que hiciera tal declaración allí donde no estuvieren los bienes herenciales, nada tiene de particular lo establecido en este artículo que comentamos, toda vez que el inventario puede hacerse con posterioridad á la aceptación bajo este supuesto realizada, y, acudiendo a las autoridades competentes, se formalizará dicho inventario previa citación y emplazamiento de los acreedores y legatarios para que puedan presenciarlo si les conviniere, y dicho inventario se principiará dentro de los treinta dias siguientes á la mencionada citación, de manera que si esta citación es larga y costosa, en relación con ella ha de correr necesariamente el tiempo para verificar el expresado inventario; y por ello quedan zanjadas todas las dificultades que haber pudieran para el caso en que el heredero se encontrare en el extranjero.

Precedentes se encuentran tanto en la Novela 1.ª como en el Código Justinianeo y en las leyes 5.ª y 9.ª, tít. 6.º, Part. 6.ª. El Proyecto de Código de 1882, en su art. 1025, proponía preceptos análogos; y concordancias tiene con los artículos 794 del Código de Francia, 959 del de Italia, 794 del de Bélgica, 1042 del de Uruguay, 3970 al 3975 del de México, 3771 al 3775 del de la Baja California, y 3970 al 3975 del de Campeche.

Art. 1014. El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia ó parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario ó el derecho de deliberar, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaría, ó del abintestato, dentro de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiere fuera, el plazo será de treinta días.

En uno y otro caso, el heredero deberá pedir á la vez la formación del inventario y la citación á los acreedores y legatarios para que acudan á presenciarlo si les conviniere.

Ya hemos indicado antes que el inventario puede verificarse con posterioridad á la declaración que se haga de aceptar la herencia á beneficio de dicho inventario, y el Código, en este artículo, establece con muy buen acuerdo, cuando y como debe verificarse ese inventario si el heredero tuviese en su poder los bienes de la herencia; en tal caso basta con la manifestación hecha ante el Juez competente dentro de los diez dias siguientes al en que tuviere conocimiento de ser tal heredero, si residiese en el mismo lugar donde hubiere fallecido el causante de la herencia, mientras que, cuando el heredero reside fuera del punto donde tal fallecimiento acaeciere, el plazo para su presentación á declarar que acepta la herencia bajo inventario, es el de treinta días; y al hacer dicha declaración, deberá pedir al Juez la formación del referido inventario, con citación de los acreedores y legatarios para que si les conviniere, acudir puedan á presenciarlo, ó intervenir en el mismo.

Precedentes encontramos en la Ley 5.ª, tít. 6.º, Part. 6.ª, en la que se disponía que debia empezarse el inventario dentro de los treinta dias siguientes al en que el heredero tuviera conocimiento de serlo y terminarse debia en el término de tres meses, caso de radicar los bienes en un mismo punto, ó en el término de un año si se encontraban en distintos lugares.

Sin perjuicio de ocuparnos en la sección correspondiente, en cuanto al Fuero, hemos de apuntar aqui la idea de que en Aragón nada decirse puede acerca de tal teoria, por cuanto el heredero sucede siempre á beneficio de inventario; en Cataluña se sigue extrictamente el derecho romano, del cual copió



sus preceptos el Código de las Partidas; y en Navarra regían las leyes de dicho Código Alfonsino, que derogadas quedan al presente por el Código que comentamos.

De todos modos, han de tenerse en cuenta las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, muy principalmente las de los arts. 63 y 1005 al 1012. y 1052, relativas todas á la competencia de los jueces para conocer de estos asuntos y de la prevención del abintestato, y al tiempo y forma en que se ha de ejercitar el derecho de deliberar y el beneficio de inventario, que es á lo que se refiere principalmente el art. 1052 de la expresada ley.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 845, y el Proyecto de 1882, en su art. 1026, proponían preceptos análogos; y concuerda con los arts. 795 del Código de Francia, 559 del de Italia, 795 del de Bélgica, 1070 del de Holanda, 734 del de Vaud, 2044 del de Portugal, 1209 y 1210 del de Veracruz Llave, 3366 del de la República Argentina, 712 del de Nápoles, y 1043, 1044, 1046 y 1048 del Código de Uruguay.

Art, 1015. Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia ó parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos expresados en el artículo anterior, se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el Juez le hubiere fijado para aceptar ó repudiar la herencia conforme al art. 1005, ó desde el día en que la hubiese aceptado ó hubiera gestionado como heredero.

Ya dijimos anteriormente que el Juez podía otorgar prudencialmente un término que no excediera de treinta dias para hacer la declaración de que se acepta ó repudia una herencia; pues bien, el legislador ha querido diferenciar el caso anteriormente expuesto de que el heredero tuviese á su disposición los bienes, del en que no los tuviere, y por ello ha dado el precepto de este artículo 1015, precepto en el que con la mayor lógica y equidad se determina que cuando el heredero no tenga en su poder los bienes herenciales ó parte de ellos, los plazos expresados, ó mejor dicho marcados en el artículo anterior de los diez dias siguientes al en que supiera ser tal heredero para utilizar el beneficio de inventario ó el derecho de deliberar, y los treinta dias que con el mismo objeto se le conceden al heredero cuando se halle fuera del lugar donde falleció el causante de la herencia, tienen que empezar á contarse necesariamente desde el día siguiente al en que expire el término señalado por el Juez para la aceptación ó repudiación de dicha herencia, ó se hará el inventario empezando á contarse el término desde que hubiera aceptado la herencia ó hubiese hecho gestiones acerca de la misma como tal heredero.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 1027, proponía preceptos análogos;

y en relación está el que nos ocupa con los arts. 999 y 1000 de este mismo Código.

Concuerda con el art. 962 del Código de Italia, con el 2045 del de Portugal y otros, estableciéndose en el de Italia que cuando se trate de un heredero que no este en posesión real de la herencia, ni se haya mezclado en la misma, ni se hubiese presentado ninguna demanda contra él, conservará el derecho de hacer inventario mientras el derecho de aceptación no haya prescrito; con lo que se ve alguna analogia mejor que verdadera concordancia con nuestro precepto del art. 1015.

Art. 1016. Fuera de los casos á que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar á beneficio de inventario, ó con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.

El precepto de este artículo viene á manifestar claramente, que mientras no se haya presentado demanda alguna contra el heredero, podrá éste aceptar á beneficio de inventario ó con derecho de deliberar cualquier herencia en general de las no comprendidas en los dos artículos anteriores, con tal que esa aceptación se verifique antes de que transcurra el tiempo mediante el cual prescribe la acción para reclamar la herencia.

Precedentes, los mismos que los del artículo anterior: el Proyecto de 1851, no proponia precepto alguno que analogia tuviera con el de nuestro art. 1016; pero en cambio el Proyecto de 1882, en su art. 1016, contenia la misma disposición que la del artículo que comentamos, sin las últimas palabras de éste: «mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia»; y concordancias las encontramos en los artículos últimamente citados de los Códigos de Italia y Portugal.

Art. 1017. El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes á la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta.

Si por hallarse los bienes á larga distancia, ó ser muy cuantiosos, ó por otra causa justa, parecieran insuficientes dichos sesenta días, podrá el Juez prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año.

Se prefija en este artículo el tiempo, dentro del cual debe empezarse el inventario y el tiempo que ha de emplearse en realizarlo, mas como todos los casos no pueden ser iguales, y resultaría una gran injusticia de exigirse que en

igual tiempo se verificaso el inventario de una gran herencia que el de una sucesión de poca importancia, de aquí el que quede á la prudencia judicial el limitar ó ampliar los términos siempre dentro de los ordinarios ó sea de los tres meses y un año respectivamente para su formación. Por ello el comienzo de dicho inventario no puede demorarse más allá de los treinta dias siguientes á la citación de los acreedores y legatarios para que concurrir puedan al acto, mientras que el periodo que se designa para verificar dicho inventario es de sesenta dias ó de un año á lo más, en la proporción que la autoridad judicial crea prudente.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 846, proponia un precepto análogo al primer apartado del art. 1017 que de nuestro Código comentamos, cuyo segundo apartado está conforme con lo que aquel Proyecto proponia en su artículo 847, é idénticas prescripciones se han propuesto después en los arts. 1030 y 1031 del Proyecto de 1882 que corresponden á los apartados primero y segundo del articulo que de nuestro Código nos ocupa.

Concuerda con los arts. 795 y 798 del Código de Francia, 959 y 960 del Código de Italia, 795 y 798 del Código de Bélgica, 1043 del de Uruguay, 1210 y 1211 del de Veracruz-Llave, 2049 y 2050 del de Portugal, 3366 y 3368 del de la República Argentina, 712 del de Nápoles, 737 del de Vaud, 1071 del de Holanda, 859 del de Guatemala, 802 del de Austria, 3982 y 3983 del de México, 3982 y 3983 del de Campeche y otros varios.

Art. 1018. Si por culpa ó negligencia del heredero no se principiare ó no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artícnlos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente.

La mejor penalidad que pudiera imponerse, el castigo más justo al modo de obrar del heredero es el contenido en el precepto que entraña este art. 1018, porque si el heredero es culpable de que no se principie ó se concluya el inventario en los plazos y con las solemnidades que anteriormente se han determinado, no puede ni debe entenderse otra cosa sino que su apatía, abandono ó negligencia significa que acepta la herencia pura y simplemente, sin ninguno de los beneficios que le concede la ley, solamente para cuando los usa de la manera y en la forma que las prescripciones legales previenen.

Tomado en parte de la ley 10, tit. 16, Part. 6.ª, este precepto en relación está con lo que preceptúan los arts. 998 al 1000 y 1003 de este mismo Código, guardando conformidad con lo que proponia el art. 850 del Proyecto de 1851, asi como con lo que después propuso el art. 1034 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 800 del Código de Francia, 960 del de Italia, 800 del de Bélgica, 2051 del de Portugal, 1076 del de Holanda, 1043 del de Uruguay, y 3408 del de la República Argentina.

Art. 1019. El heredero que se hubiere reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al Juzgado, dentro de treinta días contados desde el siguiente al en que se hubiese concluido el inventario, si acepta ó repudía la herencia.

Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente.

Ya digimos al comentar el art. 1011 lo que entenderse debe por el derecho de deliberar, que consiste en la concesión de un plazo, dentro del cual puede el heredero resolver con conocimiento de causa si acepta ó repudia la herencia. Pues bien, este derecho ha de ejercitarse dentro de un término que la ley prefija, por que si no estaria la herencia yacente indefinidamente, y con ello se perjudicaria de modo extraordinario á todos los interesados en la conservación de los bienes herenciales. Ese término es el de los treinta dias siguientes al en que se hubiere concluido el inventario, y dentro del mismo debe presentarse al Juzgado á manifestar si acepta ó repudia la herencia: y el Código no siendo nada duro sino mostrándose en extremo suave con los que faltan á las prescripciones legales, impone por único castigo á su apatia el conceptuarles á los que así obran como meros aceptantes con todas las responsabilidades de los que aceptan la herencia pura y simplemente.

No seguian los Proyectos de Código de 1851 y de 1882, los mismos principios que el derecho romano estableció sobre esta materia, ni comprendieron el derecho de deliberar tal y como lo aceptaron las romanas leyes y la antigua legislación de nuestra patria, puesto que tanto en los arts. 854 y 855 del primero, como en el art. 1053 del Proyecto de 1882, fué impuesto que dicho beneficio no se considerase separado del de inventario, sino sujeto á él, para que después de hecho dicho inventario pudiera el heredero, con conocimiento de causa, aceptar ó repudiar la herencia; lo mismo que establece el art. 1019 que de nuestro Código comentamos: mientras que, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1.ª y 2.ª, tít. 6.°, Part. 6.ª, el Juez podia conceder el término de 100 dias, prorrogables hasta nueve meses, y transcurrido ese término se entendia repudiada la herencia; determinación más fuerte, si, más enérgica, pero tal vez más eficaz que la de nuestro Código, para quien á la ley falte.

En relación está el articulo que comentamos con los arts. 63, en su regla 5.ª, 1005 al 1035, 1096 y 1097 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 hoy vigente.

Concuerda con los arts. 795 del Código de Francia en su segundo apartado, 961 del de Italia, 795 del de Bélgica, 1043 del de Luisiana, 1071 del de Holanda, 1048 del de Uruguay, 3366 del de la República Argentina, 712 del de Nápoles y otros; siendo más latos estos que el nuestro, pues la mayoría extienden el término á tres meses.



Art. 1020. En todo caso el Juez podrá proveer, á instancia de parte interesada, durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, á la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo á lo que se prescriba para el juicio de testamentaría en la Ley de Enjuiciamento civil.

El precepto de este artículo es lógico por demás, puesto que la herencia no habia de quedar abandonada durante el término concedido para la aceptación y para deliberar; y debe atenderse á su conservación en la forma que previene la ley de enjuiciamiento civil para el juicio de testamentaria, observándose muy especialmente lo que previenen sus arts. 1005 al 1035, 1096 y siguientes, sin olvidar nunca el art. 63 de la misma.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 851, y el Proyecto de 1882, en su art. 1036, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con el art. 3975 del Código de México, con el 1074 del de Holanda, con el 743 del de Vaud, 3975 del de Campeche, 2052 y 2056 del de Portugal y otros.

Art. 1021. El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en poseción por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados.

Lógico y justo es que si posesionado de la herencia por más de un año aquel que se conceptuase legítimo sucesor de un finado, fuere vencido en juicio por otro que justificare haber sido instituido con posterioridad al que como heredero aceptó la herencia ú otro mejor derecho que su contrario, el vencedor solo responda de las cargas de herencia con los bienes que le sean entregados sin necesidad de declarar que la acepta con el beneficio de inventario; pues es de suponer que, cuando uno impugna una declaración de heredero, ó la institución de determinada persona, ó un testamento el que, por virtud de decisión de los Tribunales anulando la declaración de heredero ó declarando la incapacidad del instituido, ó anulando el testamento, ó dejando de cualquier otra manera legal sin fuerza ni valor aquel título en virtud del cual el demandado fué posesionado en los bienes herenciales, el demandante, que obtuvo sentencia definitiva favorable, no tiene necesidad de expresar que acepta la herencia que demandó con el beneficio de inventario, por que la demanda y el juicio declarativo por él entablado implican tal petición; y jamás podria, por el vencimiento, contraer más obligaciones que las que cubrir pudiera con los bienes que de la herencia se le entregasen.

Nueva en nuestra legislación la prescripción que nos ocupa, parece tomada del art. 1037 del Proyecto de Código de 1882.

Art. 1022. El inventario hecho por el heredero que después repudie la herencia, aprovechará a los sustitutos y á los herederos abintestato, respecto de los cuales los treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el art. 1019, se contarán desde el siguiente al en que tuvieren conocimiento de la repudiación.

Consecuencia natural de los principios anteriormente sentados es el precepto de este artículo, pues si el término concedido para formar el inventario fué suficiente para la exacta determinación de cuantos derechos y obligaciones llevare consigo la tal herencia, nadie puede dudar de esa misma exactitud; y, si el objeto del inventario no es otro que el de averiguar y conocer bien el estado de la herencia para poder aceptarla ó repudiarla con conocimiento de causa, una vez repudiada por el heredero á la misma llamado en primer término, aquel mismo inventario debe servir de base como único documento fehaciente para que los demás que concurran á tal sucesión testada ó intestada, puedan aceptarla ó repudiarla; y relacionados íntimamente por el derecho moderno, los beneficios de inventario y de deliberar, no cabe duda que el término de los treinta dias para deliberar y para hacer las manifestaciones de que nos ocupamos al tratar del art. 1019, ha de empezar á contarse desde el en que se tuvo conocimiento de la repudiación por el heredero primero en órden para suceder, pues para los efectos del caso, esa repudiación hace con relación al segundo en órden de suceder el mismo efecto que para el primero hizo la muerte del causante de la herencia; y como en el caso que al presente nos ocupa, el inventario ya está formado, no debe utilizarse otro término que el de los treinta dias, despues de la repudiación del uno, para que el segundo en órden delibere.

Precedentes de este precepto se encuentran en la Ley 57, tít. 7.°, lib. 28 del Digesto, en la Ley 13, tít. 51, lib. 5.° del Código Justinianeo, y en los párrafos 7.° y 9.°, tít. 23, lib. 2.° de la Instituta.

Está en perfecta relación el artículo que comentamos con los arts. 774, 912, 913 y 1008 de este mismo Código; y tanto en el art. 864 del Proyecto de 1851, como en el art. 1038 del Proyecto de 1882, se propusieron preceptos idénticos.

Concuerda con el art. 4010 del Código de México, 2062 del de Portugal, 4010 del de Campeche, 1231 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1023. El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

1.° El heredero no queda obligado á pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

2.° Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

3.° No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan á la herencia.

Despues de lo expuesto anteriormente, el hombre de ley no necesita ver escritos los preceptos que contiene este artículo, pues consecuencia tan natural es de la misma definición que del beneficio de inventario hemos dado, que no hay más que leerla para comprender que sus efectos son los que taxativamente se consignan en este art. 1023.

El heredero que acepta la herencia á beneficio de inventario, y que formaliza éste dentro de los términos de la ley, no está obligado á pagar mas deudas, ni á satisfacer más cargas de la herencia aceptada, que aquellas á cuyo pago y satisfacción alcancen los bienes herenciales: de no ser así, estaría de más la concesión del inventario, y la formación de éste carecería de objeto; al menos en utilidad del heredero.

Deslindados derechos y obligaciones de la herencia por medio del inventario, no cabe duda de que es imposible se confundan éstos con los propios del heredero; por lo tanto, éste conserva las acciones que tuviere que ejercitar contra el caudal hereditario como cualquier otro acreedor, pues las deudas que el mismo acreditase contra el difunto, mal podría reclamarlas el que sin inventario acepte la herencia de su deudor y confunde los bienes de éste con los suyos.

El beneficio de inventario, sirve esencialmente como ya hemos expùesto repetidas veces, para no confundir, en daño del heredero, los bienes particulares de éste con los de la herencia; y esto mismo viene á determinarse en el n.° 3.° del art. 1023 de este mismo Código.

Precedentes vemos en la Ley 22, párrafos 4.° y 10.°, tít. 30, lib. 6.° del Código Justinianeo; en el párrafo 5.°, tít. 19, lib. 2.° de la Instituta, y en las Leyes 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. 6.°. Part. 6.ª. Se encuentra en perfecta relación el artículo que comentamos con los arts. 661 y 1084 de este mismo Código; habiendo propuesto preceptos análogos los arts. 856 y 1039 de los respectivos Proyectos de 1851 y 1882.

Concuerda con los arts. 802 del Código de Francia, en cuya conformidad sentó jurisprudencia el Tribunal de Casación de aquel país, en varias sentencias, entre otras las de 13 de Mayo y 11 de Agosto de 1863; con el art. 968 del

Código de Italia, con el 740 del de Vaud, con los arts. 1258 y 1259 del de Chile, 802 del de Bélgica, 1054 del de Uruguay, 1047 del de Luisiana, 1078 del de Holanda, 854 del de Guatemala, 3371 del de la República Argentina, 719 del de Nápoles y otros; y está conforme con sentencias varias dictadas por el Tribunal Supremo, entre otras las de 10 de Junio de 1859, 10 de Octubre de 1859 y 27 de Mayo de 1867.

Art. 1024. El heredero perderá el beneficio de inventario:

1.° Si á sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos ó acciones de la herencia.

2.° Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial ó la de todos los interesados, ó no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

Castigo imponer debía el legislador al que verdaderos fraudes cometiera, y sin perjuicio, en nuestra opinión, de las responsabilidades penales á que según otro Código se hubieren hecho acreedores, está muy en su lugar, el castigo que en este art. 1024 que de nuestro Código civil comentamos, se impone á los que ocultan algunos bienes herenciales. Por eso, si se demuestra que á sabiendas un heredero deja de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos ó acciones de la herencia debe perder y pierde el beneficio de inventario, y responder en su lugar hasta con sus propios bienes de todas las deudas y cargas de la herencia; como pierde ese beneficio de inventario si vende antes de pagar por completo las deudas y legados los bienes de la herencia, en poco ó en mucho, sin autorización judicial, ó la de todos los interesados, ó no dá al precio de lo vendido la aplicación que se prefijó al concederle la autorización.

Precedentes vemos no sólo en alguna ley de Partida como la 12, tit. 6.°, Partida 6.ª, sino en los Códigos extranjeros, muy especialmente los de Portugal é Italia, pues la primera determinaba que el heredero voluntario que hurtase alguna cosa no se consideraba que la aceptaba, etc., etc.; y el art. 2053 del Código de Portugal previene terminantemente que: *los herederos que ocultasen en el inventario alguno de los bienes de la herencia, perderán el derecho de este beneficio;* como el Italiano en sus arts. 973 y 974 preceptúa más enérgicamente lo procedente para que, quien venda los bienes inmuebles de la herencia sin autorización judicial pierda los beneficios de inventario.

El Proyecto de Código de 1882, en su art. 1040, proponía preceptos idénticos, de los que parecen tomados los del artículo que de nuestro Código nos ocupa, que concuerda con los arts. 801 del Código de Francia, 1256 del de

Chile, 3405 al 3407 del de la República Argentina, 856 del de Guatemala, 1051 y 1058 del de Uruguay y otros varios; pues todos reconocen como justo que cese el beneficio de inventario por la ocultación que hiciere el heredero de algunos valores de la sucesión, y por la omisión fraudulenta en el inventario de algunas cosas de la herencia, como si vendiere algunas cosas herenciales sin sujetarse á las formalidades legales.

Art. 1025. Durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.

Evidente es que los legatarios no pueden pedir el pago de sus legados mientras estén pendientes los terminos dentro de los cuales ha de formarse el inventario, y el de los treinta dias que al heredero la ley concede para deliberar si ha de aceptar ó repudiar la herencia; porque de no haber disposición expresa para que los albaceas paguen los legados, ha de ser necesariamente el obligado á pagarlos el heredero, y mientras éste no haga el inventario, delibere acerca de la conveniencia de su aceptación y acepte, no es posible saber á quien ha de dirigirse el legatario para reclamar su legado.

Precedentes encontramos en la Ley 22, párrafo 11, tít. 30, lib. 6.° del Código Justinianeo y en la Ley 7.ª, tít. 6.°, Part. 6.ª; viéndose preceptos análogos en el art. 853 y en el 1041 del Proyecto de 1882, y guardando perfecta relación con los arts. 881 al 885 de este mismo Código que comentamos.

Concuerda con los arts. 797 del Código de Francia, 964 del de Italia, 797 del de Bélgica, 738 del de Vaud, 1070 del de Holanda, 1045 del de Luisiana, 1046 del de Uruguay, 3993 del de México, 3784 del de la Baja California, 3993 del de Campeche, 1219 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1026. Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El Administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que á éste competan y contestar á las demandas que se interpongan contra la misma.

Hemos dicho ya anteriormente que allá donde el testador no haya ordenado expresamente que los albaceas sean los encargados de distribuir la herencia pagando previamente las deudas y los legados, es generalmente el que se encarga de tal gestión el mismo heredero; y ahora, al estudiar el precepto que nos ocupa, se vé claramente que mientras no estén satisfechos los acreedores del



finado y se adjudiquen los respectivos legados que se hubieren hecho á las personas con ellos favorecidas por el testador, realmente los encargados de cumplir la gestión de la herencia, ya sea el mismo heredero, ya uno ó varios albaceas, ya un administrador; realmente las funciones de éstos son de meros administradores de la herencia, y bajo este concepto tienen la representación de la misma para ejercitar las acciones que competan y contestar las demandas que se interpongan contra dicha herencia. Sin esta gestión y sin esta facultad de ejercitar acciones y sostener litigios, los interesados en la herencia se perjudicarian notablemente, mientras que con una buena administración de la herencia, durante el tiempo necesario para el pago de deudas y distribución de legados, la herencia seguiria la bonancible situación en que la dejara el finado y podria con ella de ese modo atenderse mejor á las cargas de la misma.

El art. 857, del Proyecto de Código de 1851, y el 1043, del Proyecto de 1882, proponian preceptos análogos; y concordancias vemos en los arts. 803 del Código de Francia, 964 del Código de Italia, 803 del Código de Belgica, 743 del de Vaud, 1042 y 1051 del de Luisiana, 1044 del de Uruguay, 3382 del de la República Argentina y otros varios.

Art. 1027. El Administrador no podrá pagar los legados sinó después de haber pagado á todos los acreedores.

Evidente es que mientras los acreedores no estén satisfechos de sus créditos respectivos no deben satisfacerse los legados, porque las deudas de la herencia son las que en primer lugar deben cubrirse, y hasta en rigor no debian conceptuarse como haber de la misma, porque el herencial no puede considerarse tal mientras no se haya hecho la segregación de las deudas contraidas anteriormente por el finado.

Precedentes se encuentran de tal prescripción en la Ley 22, párrafos 2.° y 5.° tit. 30, lib. 6.° del Código Justinianeo, y en la Ley 7.ª, tit. 7.°, Partida 6.ª, viéndose copiado el precepto que nos ocupa del art. 858 del Proyecto de 1851 que reprodujo después el art. 1044 del Proyecto de 1882.

Tiene relación el art. 1027 que comentamos con los arts. 881 al 885 de este mismo Código, y concuerda con los arts. 808 del Código de Francia, 976 del Código de Italia, 808 del de Bélgica, 2058 del de Portugal, 1082 y 1083 del de Holanda, 1056 del de Luisiana, 3400 del de la República Argentina, 4005 del de México, 3781 del de la Baja California, 4005 del de Campeche, 1224 del de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1028. Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por órden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación.

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin prévia caución á favor del acreedor de mejor derecho.

De importancia suma es el precepto de este artículo y aunque en el antiguo derecho patrio nada se trató sobre el particular de una manera tan clara y terminante como se expresa en este Código, es lo cierto que siempre se vino practicando este orden de distribución de la herencia y jamás dejó de tenerse en cuenta cuando hubo juicio pendiente entre acreedores sobre preferencia de sus créditos, los preceptos aquí sustentados para que se pagasen por el orden de preferencia y según el grado que se les señalare en la sentencia firme de graduación: y esto no podía menos de tener lugar observándose los principios generales de derecho, pues si es proverbial y verdad axiomática que el primero en tiempo es mejor en derecho, y que los créditos hipotecarios son preferentes á los escriturarios y meramente quirografarios, no podia menos de prevalecer tan sana doctrina cuando se trataba de deudas herenciales, pues no habian de entrar en un nuevo orden de cosas ni gozar debian de privilegio alguno por el hecho de la muerte del testador, ó del causante de la sucesión, pues si éste al someterse á un concurso de acreedores hubiera tenido necesariamente que sujetarse á aquellas reglas, no comprendemos porque no habian de seguir esas mismas prescripciones los que le representasen después de su muerte, ó sean los albaceas, los herederos ó los administradores de la herencia. Mas puede suceder también que no haya pleito pendiente entre los acreedores, y entonces es natural que se paguen por el orden que vayan presentándose al cobro mientras no constase que alguno de los créditos conocidos es preferente y se creyere que la herencia no era suficiente para la satisfacción de todos ellos, pues en ese caso no debe hacerse pago alguno sin previa caución á favor del acreedor de mejor derecho: lo cual si bien es una precaución que producir puede regulares efectos, no es una tan plena seguridad de su preferente pago como la retención y depósito del mismo por un tiempo determinado, pues esa caución indicada por el Código si no es una verdadera prestación hipotecaria puede hacerse ilusoria perjudicando notablemente al acreedor preferente, y como la ley no determina qué clase de caución sea ésta, nosotros creemos que para que haya verdadera garantia y para que esa caución dé los resultados apetecidos, no basta con que se exprese en una diligencia que se da caución de estar á derecho, ó se da caución de garantir ciertos bienes ó ciertos derechos, sino que se hace indispensable una fianza pignoraticia ó hipotecaria que garantice ese preferente derecho de ciertos acreedores, y que supla aquella célebre caución Muciana establecida en Roma para asegurar los legados y las herencias.

Precedentes encontramos en la Ley 22, párrafo 4.°, tit. 30, libro 6.° del Código Justinianeo en el cual se disponia que á los acreedores debe pagárseles por el orden con que comparecieren: *et eis satisfaciant qui primi veniunt creditores;* y la Ley de Partida entraña preceptos análogos, cuyas teorias sostenidas han sido con gran lucidez por los ya célebres publicistas Demanté, Duvergier y otros.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 859, y el de 1882, en su art. 1045, propusieron preceptos análogos, y concordancias vemos en los arts. 808 y 809 del Código de Francia, 975 y 976 del de Italia, 808 y 809 del de Bélgica, 2057 y 2058 del de Portugal, 1225 y 1226 del de Veracruz-Llave, 3397 y 3398 del de la República Argentina, 4004 y 4005 del Código de México, 3782 y 3783 del Código de la Baja California y 4004 y 4005 del Código de Campeche.

Art. 1029. Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.

Natural es que habiendo establecido el orden de preferencia que fijado queda en este Código, y debiendo pagarse á los acreedores antes de satisfacer los legados, una vez satisfechos estos, no pueden acudir los acreedores que en lo sucesivo aparecieren mas que contra los legatarios cuando no quedasen en la herencia bienes suficientes para pagarles; es decir, que esos nuevos acreedores que se presenten reclamando créditos hasta entonces desconocidos, no podrán en manera alguna impugnar el pago hecho de otros créditos; y si bien acudirán en primer término contra la herencia, que hemos dicho es la representación del testador, cuando esta no fuere suficiente para pagar aquellas nuevas deudas, recurrirán contra los legatarios que ya hubieren recibido sus legados, pero nunca contra los otros acreedores aun en el caso de la proporcionabilidad establecida cuando no alcanza el capital para el pago de todo.

El art. 1029 que comentamos, en relación está con el 1084 de este mismo Código, y parece tomado en su parte esencial de lo que propusieron los artículos 860 del Proyecto de Código de 1851 y 1046 del de 1882.

Concuerda con los arts. 809 del Código de Francia, 977 del de Italia, 2061 del de Portugal, 809 del Belga, 3398 del de la República Argentina en sus dos últimos párrafos, 1227 del de Veracruz-Llave, 4007 del de México, 3785 del de la Baja California, y 4007 del de Campeche; siendo estos tres últimos idénticos al nuestro, como lo son en la esencia los de Francia, Bélgica, Italia y de la República Argentina; si bien en estos se expresa también que el derecho que tales acreedores tienen á reclamar contra los legatarios, prescribe por el lapso de tiempo de tres años cumplidos á contar desde el dia del saldo de la cuenta y pago del alcance.



Art. 1030. Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de los bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil respecto á los abintestatos y testamentarías, salvo si los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

No cabe duda que algunas veces se hace indispensable para el pago de deudas y satisfacción de legados, la venta de algunos bienes hereditarios, y en tales casos esas ventas deben efectuarse en la forma y con las condiciones que se prefijan en los arts. 1020 al 1032 de la Ley de Enjuiciamiento civil para los abintestatos: de manera que si se trata de valores públicos ó de frutos que el administrador recolecte como productos de su administración, deben venderse por corredor público; si se trata de arrendamientos, se harán en pública subasta, así como también la venta de bienes inmuebles se sujetará á pública licitación, prévio justiprecio pericial; pero si hubiere conformidad en los interesados, no será precisa la enajenación en la forma antes indicada.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 861, y el de 1882, en su art. 1047, propusieron preceptos análogos conformes en un todo con lo que prescribía el Código de Portugal; y concuerda con los arts. 805 y 806 del Código de Francia, 973 y 974 del de Italia, 805 y 806 del de Bélgica, 1228 del de Veracruz-Llave, 2055 del de Portugal, del cual parece copiado el nuestro, 1058 del de Uruguay, 3393 del de la República Argentina, 4001 y 4008 del de México, 3779 y 3786 del de la Baja California, y 4001 y 4008 del de Campeche.

Art. 1031. No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración á los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados á la herencia por culpa ó negligencia suya.

El precepto de este articulo da á entender que es factible que al liquidar una herencia, unos acreedores se queden sin cobrar y otros cobren la totalidad de sus créditos, y nosotros creemos sería más justo que cuando no hubiere bienes con que satisfacer todas las deudas, se clasificasen los créditos por su calidad y condiciones, y se tratase de buscar una proporcionabilidad en el cobro de cada uno de ellos según su preferente derecho y su distinta naturaleza; pero el Código que comentamos lo determina claramente, y comprendiendo que se refiere al pago de los anteriores con preferencia de los posteriores, y á la cobranza de los hipotecarios, refaccionarios, escriturarios, y quirografarios por su orden, fácil es que en estricta justicia haber pueda acreedores á quienes no alcance el cobro de sus créditos; y por ello aparece bien consignado el

precepto que nos ocupa en cuanto á este extremo se refiere, si bien cabe la proporcionalidad que antes indicamos para el caso en que se presentasen algunos créditos de la misma calidad y fecha, y no hubiere suficiente caudal para satisfacerlos todos.

En cuanto á la obligación de rendir cuentas el Administrador y de responder de los perjuicios causados á la herencia por su culpa ó negligencia, no cabe duda alguna; y tan justa y equitativa es esta prescripción, que no necesita comentarse; mucho más, cuando repetidas veces hemos dicho que todo gestor de negocios es responsable de los perjuicios que su manera de obrar irrogase.

Precedentes vemos en la Ley 22, párrafo 9.°, tit. 30, lib. 6.° del Código, y Ley 8.ª, tit. 6.°, Part. 6.ª; encontrándose en perfecta relación el artículo que nos ocupa con el 891 de este mismo Código; y estando conforme el 1031 que comentamos, con lo que se propuso en el art. 862 del Proyecto de Código de 1851, y 1048 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 803 y 804 del Código de Francia, 969 del de Italia, 803 y 804 del de Bélgica, 2059 del de Portugal, 1262 y 1263 del de Chile, 1229 del de Veracruz-Llave, 4014 del de México y 4014 del de Campeche.

Art. 1032. Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia.

Si la herencia hubiese sido administrada por otra persona, ésta rendirá al heredero la cuenta de la administración, bajo la responsabilidad que impone el artículo anterior.

También es de buen sentido el precepto que contiene este articulo, pues á nadie se le oculta que, siendo los primeros que deben de quedar satisfechos los acreedores y viniendo después los legatarios á incautarse de sus legados, todo cuanto después queda en la herencia, corresponde en pleno dominio al heredero; y asi como cuando no alcanzaren los bienes herenciales al pago de todas las deudas y todos los legados, el administrador debe dar cuenta á los acreedores y legatarios de la gestión que se le confió, de la misma manera cuando aquellos estuvieren satisfechos, las cuentas debe rendirlas al heredero, quedando sujeto á las mismas responsabilidades para con los unos que para con los otros cuando por su mala gestión se hubieren ocasionado perjuicios á dichos interesados.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 863, como el de 1882, en su art. 1049, propusieron idénticos preceptos que el art. 1032 que de nuestro Código comentamos, el cual concuerda con los arts. 1061 del Código de Uruguay, 2060 del Código de Portugal, 3381 del de la República Argentina, 1229 ya citado anteriormente del de Veracru-Llave y otros varios.



Art. 1033. Las costas del inventario y los demás gastos á que dé lugar la administración de la herencia aceptada á beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúanse aquellas costas en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo ó mala fé.

Lo mismo se entenderá respecto de las causadas para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudía la herencia.

Todos los Códigos modernos admiten los preceptos que este artículo contiene; pues evidente es que las costas de inventario y demás gastos á que da lugar la administración de la herencia aceptada á beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, de cuenta deben ser de dicha herencia, y á su cargo deben satisfacerse; pero hay casos en que no sucederá así, cuales son aquellos en que habiendo sostenido el heredero un litigio de mala fe ó por dolo el Tribunál condenare especialmente en las costas causadas al heredero en persona; y cuando éste repudia la herencia, natural es que también satisfaga las costas causadas para hacer uso de su derecho de deliberar por cuanto el ejercicio de esa acción solo á él beneficia, y no sería justo que lo que á su beneficio concierne fuera á satisfacerlo la herencia ó el segundo heredero; cuya doctrina viene á corroborar la prescripción del art. 1064 de este mismo Código, con el que bien en relación está el que comentamos que también tiene sus ligeras relaciones con los arts. 1011 y 1020 del mismo.

Concuerda con los arts. 810 del Código de Francia, 978 del de Italia, 810 del de Bélgica, 2063 del de Portugal, 3386 del de la República Argentina, 4016 del de México, 3807 del de la Baja California, 4016 del de Campeche y otros varios; siendo de notar que el citado artículo de Portugal es enteramente idéntico al primer apartado del nuestro; los demás son iguales en su esencia, todos breves y concisos; y los de Francia, Italia y Bélgica tienen una redacción idéntica hasta en su forma, y se reducen á determinar que serán de cargo de la sucesión los gastos de sellos si se hubieren puesto y los de inventario y cuentas.

Art. 1034. Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste á beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención ó embargo del remanente que pueda resultar á favor del heredero.

No cabe duda alguna que dadas las diferencias que hemos hecho notar entre la aceptación pura y la aceptación á beneficio de inventario, cuando de este último modo se acepta una herencia, no se confunden ni pueden confun-

dirse los bienes del heredero con los de la herencia aceptada hasta tanto que satisfechas las deudas y pagados los legados se incauta el heredero del remanente como resto herencial que en pleno dominio le corresponde; y por ello consecuencia evidente es que los acreedores particulares del heredero no pueden mezclarse en las operaciones de la herencia de tal manera aceptada hasta que sean pagados los acreedores de la misma y se hubiere hecho la adjudicación de los legados respectivos; más podrá pedirse el embargo ó retención del remanente que resultare á favor de dicho heredero, porque desde que satisfechas quedan las cargas de la herencia, el resto ha de considerarse necesariamente como de su propiedad.

Precedentes tenia esta disposición en algunas leyes del Digesto, Ley 1.ª, párrafo 5.°, tit. 6.°, lib. 42; y conformes están con tan justa prescripción la mayoría de los Códigos modernos.

CAPITULO VI

De la colación y partición

SECCIÓN PRIMERA

DE LA COLACIÓN

Art. 1035. El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, á una sucesión, deberá traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de este, por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

Al ocuparse este cap. 6.° de la colación y partición, poco nuevo nos dice el Código, que previsto no estuviera en nuestras antiguas leyes patrias.

El derecho histórico y la costumbre habían ya establecido la mayor parte de las reglas que aquí hemos de estudiar acerca de la colación de bienes como medio preparatorio y preliminar indispensable para realizar una justa liquidación y una partición exacta de la herencia: pero vale más que nuestro Código prefije esas reglas de acción del modo que lo hace, porque presentándolas con la claridad que aquí se presentan, determinan el procedimiento más ejecutivo para conseguir la colación, resuelven diferencias de escuela y cuestiones mil suscitadas entre algunos jurisconsultos, y desarrollan principios que en el derecho histórico, no se iniciaban ni mucho menos aparecían desenvueltos.

Más concretándonos en ésta sección primera á tratar de la colación, diremos que colación es la obligación ó el deber que contraen los descendientes de agregar al caudal de sus ascendientes los bienes que en vida de éstos recibieron, á fin de que tenga lugar la más equitativa y justa computación de las legítimas.

Por lo tanto la base fundamental de la colación no puede menos de encontrarse y se encuentra en la igualdad entre los hijos; en la compensación entre lo percibido y lo que debe recibirse de una herencia por los herederos forzosos; en el sistema de las legítimas. Y colacionar se puede de diferentes modos: por liberación, que es cuando hubo promesa no cumplida; por manifestación, cuando el donatario trae y manifiesta la misma cosa que percibió; y por imputación que es el modo más natural de verificarse y consiste en imputar al donatario en su haber la cosa que recibió, teniendo en cuenta su importe para percibirlo de menos el que ya lo tuviera recibido.

Nuestro Código ordena que todo heredero forzoso que concurra con otros herederos de la misma clase, aporte á ella cuanto recibió en vida del causante de la misma por título gratuito, porque todo cuanto se dió con este carácter sobreentenderse debe dado como anticipo de los haberes hereditarios; y en tal concepto sin la colación imposible sería liquidar con equidad lo que á cada uno correspondía por sus derechos herenciales; pero ya hemos indicado antes que esto no es nuevo, puesto que con arreglo á lo prescrito en la Ley 3.ª, tít. 15, Part. 6.ª, el hijo tenía obligación de llevar á partición ó colacionar con los otros hermanos todas las cosas que ganare en el comercio con el haber de su padre, estando bajo su patria potestad; como se contaban en la porción hereditaria las dotes, las arras, y la donación que el padre hiciese en casamiento á alguno de sus hijos, á no ser que digese señaladamente que no quería que se le contase aquello en su parte.

En Aragón no existe la colación de bienes, según la Observancia 17 *De jure dotium*, y la 1.ª *De donationibus*, porque no existiendo allí pátria potestad, mal podría existir la colación introducida en beneficio del que estaba bajo la patria potestad, y porque, no conociéndose allí verdaderas legítimas, no tiene objeto la colación.

Cataluña no tiene disposiciones expresas sobre esto en su derecho originario, pero se atempera á lo establecido por el Derecho Romano.

Navarra tampoco trata en sus Fueros especialmente esta materia, y se rige ordinariamente por la legislación general.

Con las prescripciones del Código que comentamos, ha desaparecido toda aquella complicación de deducir primero el 5.° y después el 3.°, y otras muchas fórmulas que sólo servían para confundir á los que siguiesen ciegamente nuestra antigua legislación común. Al presente se ha simplificado muchísimo la operación de colacionar y la subsiguiente partición de la herencia, pues dividi-

da la herencia en tres partes, una de libre disposición, otra de legítimas, y otra para mejoras de los descendientes, no admitiéndose más mejoras que las expresas, no hay ya necesidad de mirar cuanto importan los cuatro quintos, para deducir de estos cuatro quintos el importe del tercio.

El heredero forzoso es el que tiene el deber de colacionar. De manera que la colación envuelve términos indispensables para su existencia; heredero forzoso, concurrencia á la herencia con otros herederos también forzosos y de igual grado, y bienes ó valores recibidos anteriormente del causante de la herencia en vida de éste, por dote, donación, ú otro título luérativo.

El objeto de la colaéión es computar lo así recibido en regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

Precedentes encontramos en varias disposiciones de los títulos 6.° y 7.° del libro 37 del Digesto, en la Ley 3.ª, tít. 4.°, Partida 5.ª; y en la Ley 3.ª, tít. 15, Partida 6.ª.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 879, propuso algún precepto análogo; y el art. 1052 del Proyecto de 1882, parece la pauta de donde se ha tomado el precepto del art. 1035 que de nuestro Código comentamos.

Concuerda con los arts. 843 del Código de Francia, 1001 del de Italia, 2098 del de Portugal, 1313 y 1314 del de Luisiania, 769 del de Vaud, 1132 del de Holanda, 993 y 995 del de Guatemala, 1062 del de Uruguay, 3476 al 3478 del de la República Argentina, 4017 del de México, 1246 del de Veracruz-Llave, 4017 del de Campeche, 843 del de Bélgica, 1243 del de Colombia, 269, 2354 y 2574 del de Sajonia, y otros.

Art. 1036. La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente ó si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.

Como ya dejamos consignado que la voluntad del hombre es la suprema ley respecto á sucesiones, es de buen sentido suponer que la colación no tendrá lugar, si la negativa se acordase expresamente por el testador, ó si el donatario renunciase la herencia; á no ser que la donación por ineficaz se redujese.

Precedentes vemos en la Novela 18 cap. 6.°; y leyes 4.ª, 8.ª y 9.ª, tít. 7.°, libro 37 del Digesto; 3.ª, tít. 15, Part. 6.ª; y 5.ª, tít. 3.°, lib. 10 de la Novísima Recopilación, tomada esta última de la Ley 29 de Toro.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 880, y el art. 1053 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos al artículo que de nuestro Código nos ocupa, y que en relación está con los arts. 636, 651, 654 y 655, 807 y 1008 de este mismo Código; concordando con los arts. 843 y 919 del Código de Francia, 1001

y 1002 del de Italia, 3484 del de la República Argentina, 2099 del de Portugal, 4018 del de México, 1249 del de Veracruz-Llave, 4018 del de Campeche, 843 y 919 del de Bélgica, 2369 del de Sajonia, etc., etc.

Art. 1037. No se entiende sujeto á colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso á salvo las legítimas.

Se funda el precepto de este artículo, en que generalmente la colación como hemos dicho ya establecida fué para compensar las donaciones hechas durante la vida del testador, no en manera alguna para lo que en el mismo testamento se deja, á no ser que contra la regla general, se dispusiere lo contrario por el testador, cuya voluntad es la suprema ley en esta materia.

Tiene gran relación el artículo que nos ocupa con los arts. 807 al 809 de este mismo Código; y está conforme en lo esencial con lo que propusieron los Proyectos de Código de 1851 y 1882 en sus respectivos arts. 882 y 1054.

Concuerda con los arts. 843 del Código de Francia, 1008 del de Italia, 843 del de Bélgica, 769 del de Vaud, 1309 del de Luisiana, 1132 del de Holanda, último apartado del art. 1249 del de Veracruz-Llave, y otros.

Art. 1038. Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos ó primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado.

También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, á menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare la legítima de los coherederos.

Se comprende perfectamente que los nietos cuando sucedan en representación de sus padres colacionen todo cuanto éstos debieran colacionar, porque el representante de una persona obligado está siempre á cumplir todos los compromisos que tuviere su representado á quien se supone ya haber heredado por la ficción legal establecida para que la representación produzca sus efectos; pero es más difícil apoyar el precepto del segundo apartado de este artículo cuando no acudan en la verdadera representación de su padre, porque en este caso se llevarían á la colación efectos de donaciones que se hubiesen hecho á los nietos con independencia de sus padres y el caudal hereditario aumentaría en perjuicio de esos mismos nietos, lo cual encontraríamos más justificado cuando éstos concurriesen á la herencia con otros nietos ó cuando todos los que concurren á la herencia son parientes del mismo grado y que en

idénticas circunstancias se hallen; y sólo bajo el supuesto de que el prescindir de colacionar ciertos bienes pudiera perjudicar á la legítima de los coherederos, será cuando á todo trance deberá hacerse que colacionen los nietos lo por los mismos recibido de los abuelos con independencia de sus respectivos padres.

El artículo que comentamos está en perfecta relación con los arts. 675, 924, 926 y 933 de este mismo Código; conviniendo con lo propuesto en los arts. 881 del Proyecto de Código de 1851 y 1055 del Proyecto de 1882, en cuanto se refiere al primer apartado pues en cuanto al segundo, el artículo que nos ocupa es de nueva redacción.

Concuerda con los arts. 848 del Código de Francia, 1005 del de Italia, 848 del de Bélgica, 2100 del de Portugal, 996 del de Guatemala, 1248 del de Veracruz-Llave, 4019 del de México, y 1049 del de Campeche; siendo de notar que el contenido del artículo del Código de Veracruz-Llave es exactamente igual al nuestro, á excepción del último concepto contenido en éste, que dice: *aunque no lo hayan heredado*, por no estar contenido en aquel; mientras que los Códigos de México y Campeche vienen también redactados en los mismos términos que el nuestro, salvo empero que no expresan la concurrencia de los nietos con sus tíos ó primos.

Concuerda también y con él está en absoluta conformidad hasta en la totalidad de su redacción, con el artículo 3482 del Código de la República Argentina; con el 767 del Código de Nápoles, con el 1318 del Código de Lusiana, y algunos otros.

Art. 1039. Los padres no estarán obligados á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos á sus hijos.

Este artículo está en contradicción con el anterior, pues si los nietos deben colacionar, cuando sucedan al abuelo en representación del padre lo que hubieren recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, igual motivo había para que los padres estuvieran obligados á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos á sus hijos, que son precisamente los nietos á que se refiere el artículo anterior; y no se comprende que no estando obligados los padres á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos á sus hijos ó sea á los nietos, cuando estos nietos hereden en representación de ese padre no obligado, vayan á llevar ellos una obligación que no tenía la persona á quien representan.

El Proyecto de 1851, en su art. 883, como el Proyecto de 1882, en su art. 1056, propusieron preceptos análogos al consignado en el artículo que de nuestro Código nos ocupa, y que precisamente concuerda con los arts. 847 del Código de Francia, 1004 del de Italia, 847 del de Bélgica, 2101 del de Portugal, 772 del de

Vaud, 1317 del de Luisiana, 1135 del de Holanda, 3481 del de la República Argentina, 766 y 768 del de Nápoles, 1250 del de Veracruz-Llave y 2361 del de Sajonia.

Art. 1040. Tampoco se traerán á colación las donaciones hechas al consorte del hijo; pero, si hubieren sido hechas por el padre conjuntamente á los dos, el hijo estará obligado á colacionar la mitad de la cosa donada.

No tiene duda que las donaciones hechas al consorte del hijo están fuera de colación, porque ésta se refiere únicamente á los bienes donados en vida á aquel qué tiene verdadero derecho de legitima en la herencia del causante, y como el consorte del hijo no tiene tal derecho de legitima en la herencia del padre de su cónyuge, de aqui la lógica y justicia del precepto que nos ocupa. Más si esas donaciones se hubiesen hecho conjuntamente al hijo y á su cónyuge, el hijo llevaría á la sucesión de su padre como colacionable la mitad de aquella donación que le corresponde á él en plena propiedad, de la totalidad que conjuntamente con su mujer recibió, porque como el hijo es el que tiene el derecho de legitima á los bienes de su padre, en dicha legitima ha de imputársele aquella parte de la donación que como de su plena propiedad aparece integrante; mientras que la que le corresponde á su mujer, considerada debe ser como hecha á extraños para los efectos del caso, por cuanto recae en persona que no tiene derecho de legitima en los bienes del causante; pues evidente es que, según nuestro Código, la nuera no tiene legitima en los bienes de su suegro. No sucedía lo mismo con la anterior legislación común, pues la Ley 6.ª, tít. 15, Part. 6.ª, en la cual pudieran verse precedentes, prescribia que las donaciones hechas por el padre á la nuera se colacionasen.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 883, como el Proyecto de 1882, en su art. 1056, proponían preceptos análogos al que se consigna en el art. 1040 que de nuestro Código comentamos, el cual concuerda con los arts. 849 del Código de Francia, 1006 del Código de Italia, 849 del Código de Bélgica, 772 del de Vaud, 1317 del de Luisiana, 1115 del de Holanda, 1481 del de la República Argentina, 2103 del de Portugal, 4020 del de México, 1250 del de Veracruz-Llave, 4020 del de Campeche y otros.

Art. 1041. No estarán sujetos á colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.

Poco equitativo sería que se sujetasen á colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades por muy extraordinarias que fueran,

aprendizaje, equipo ordinario, ni otros regalos de costumbre; por cuanto éstos no constituyen en sí donaciones que á favor del beneficiado se otorguen, ni son efectos de puras liberalidades de los que las otorgan, sino que realmente constituyen el cumplimiento de sagradas obligaciones que los padres tienen para con los hijos, obligaciones que no pueden conceptuarse emanadas de pactos voluntarios ni de prescripciones caprichosas de leyes positivas, sino que emanan de la misma naturaleza del hombre, y que de la ley natural se deducen: lo cual ha venido á decidirse en infinidad de sentencias que jurisprudencia forman, y que conformes están con los principios expuestos en la Ley 5.ª, tít. 15, Part. 6.ª y en la Ley 3.ª, tit 4.º, Part. 5.ª, de cuyas sentencias citarse pueden varias, si bien por no hacer difuso este comentario se consignará exclusivamente la de 10 de Febrero de 1866, que es en la que se fija con más precisión que, los gastos de libros y otros para carrera científica ó militar no son colacionables.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 884 y 885, proponía preceptos análogos; y el art. 1057 del Proyecto de 1882, propuso preceptos enteramente idénticos á los consignados en el art. 1041 que de nuestro Código comentamos, el cual está en perfecta relación con los arts. 142 y 143 del mismo Código.

Concordancias varias encontramos en los Códigos extranjeros, pero no todos los modernos Códigos están conformes en la solución dada á estos preceptos; pues aunque el art. 852 del Código de Francia preceptúa sencillamente que no deberán colacionarse los gastos de alimento, educación, aprendizaje, los gastos ordinarios de equipos, regalos de uso y los de bodas, como expresa el art. 1009 del Código de Italia, algunos publicistas confunden lastimosamente la dote con los regalos de boda y lo necesario para constituir al descendiente un patrimonio eclesiástico ó procurarle algún oficio ó empleo, ó pagar sus deudas, y suponen bajo este concepto divergencias entre los referidos Códigos Francés é Italiano, divergencias que realmente no existen, como no existen tampoco con lo que preceptúa el art. 852 del Código de Bélgica.

Concuerda también con el art. 3480 del Código de la República Argentina, 774 del Código de Vaud, 1143 del de Holanda, 2105 del de Portugal, 1247 del de Veracruz-Llave, 1068 del de Uruguay, 994 del de Guatemala, 4021 y 4022 del de México, 4021 y 4022 del de Campeche, 1198 del de Chile y 1256 del de Colombia.

Art. 1042. No se traerán á colación, sino cuando el padre lo disponga ó perjudiquen á la legítima, los gastos que éste hubiese hecho para dar á los hijos una carrera profesional ó artística; pero, cuando proceda colacionarlos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres.

Una medida equitativa encierra el precepto de este artículo, pues si bien es cierto que los padres tienen obligación de educar é instruir á sus hijos, no lo es menos que en ciertas ocasiones y según la posición de esos mismos padres, esa educación no se extiende ni puede extenderse á los gastos de una carrera profesional; sin embargo, ordinariamente estos gastos no se colacionan más que en el caso de que se determine especialmente por el testador, en atención á creer que perjudican la legítima de los demás hijos; y aún entonces para que la equidad aparezca en todo hasta la exageración, se previene que se descuenten de aquellos gastos invertidos en la carrera, los que naturalmente hubiera ocasionado viviendo en la casa en compañia de sus padres: es decir, suprimiendo los gastos ordinarios que todo hijo ocasiona á su familia.

Precedentes encontramos en las leyes de Partida citadas en el comentario anterior, y ya en las leyes romanas se había dispuesto que los gastos de estudios se considerasen colacionables cuando así lo dispusiera el padre, aunque se exceptuaba siempre el peculio castrense.

Se halla en perfecta relación el art. 1042 que al presente comentamos con el art. 803 de este mismo Código; y tanto en el Proyecto de 1851 y su art. 886, como en el art. 1058 del Proyecto de 1882, se propusieron análogos preceptos, si bien en el primer Proyecto no se contenían las frases que en nuestro Código se consignan relativas á cuando proceda colacionarlos.

Concuerda con el art. 852 del Código de Francia, 1008 del Código de Italia, 852 del Código de Bélgica, 1143 del de Holanda, 774 del de Vaud, 3480 del de la República Argentina, 994 del de Guatemala, 1069 del de Uruguay, 4023 y 4024 del de México, 4023 y 4024 del de Campeche y 2104 del de Portugal.

Art. 1043. Serán colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir á sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos.

Como quiera que esto redunda en beneficio del hijo á cuyo favor se consigna y siempre en perjuicio de los demás hijos, siendo el objeto de la colación el no perjudicar la legítima, lógico, justo y procedente es lo que en este artículo se determina.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 886, y el Proyecto de 1882 en su artículo 1059, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 852 del Código Francés, 1007 del de Italia, 773 del de Vaud, 1321 del de Luisiana, 773 del de Holanda, 3480 del de la República Argentina, 993 del de Guatemala, 1067 del de Uruguay, 2104 del de Portugal, 4023 del de México, 4023 del de Campeche, 852 del de Bélgica, 1198 del de Chile, 1256 del de Colombia, y otros.

Art. 1044. Los regalos de bodas consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos, sinó en la parte que excedan en un décimo ó más de la cantidad disponible por testamento.

Ya sabemos que nuestras antiguas leyes patrias limitaron las liberalidades que al preparar las bodas pudieran hacerse por razón de las mismas, porque suponían que la pasión y ardimiento por un lado, la fastuosidad y deseo de aparentar una mejor posición de la que realmente tengan los contrayentes, contribuyen demasiado á la exageración, y esta exageración conduce á llevar las cosas á donde no pueden ir, ocasionando gastos insostenibles que son unos verdaderos despilfarros. Por ello los legisladores, atendiendo á estas consideraciones y otras mil que hacerse puede cualquier hombre de conciencia y de regular criterio, trataron de oponer coto á los regalos de boda hechos entre los contrayentes y sus padres; y los redactores de este Código han establecido como tasa, el décimo de la cantidad disponible por testamento.

La Ley 29 de Toro puede servirnos de precedente; y aunque, según algunos publicistas, los gastos de boda debían ser de cuenta del padre, por cuanto afectan á la respetabilidad y decoro de la familia, ciertos regalos no pueden menos de considerarse como constitutivos de una utilidad en beneficio de los hijos por ellos favorecidos.

El art. 1044 que nos ocupa, en relación está con los arts. 636, 807 al 809 y 1331 de este mismo Código, y copiadó parece de los art. 880 del Proyecto de 1851, estando conforme con el art. 1060 del Proyecto de 1882.

Concuerda con el art. 852 del Código de Francia, con el art. 1007 del de Italia, en el que se preceptúa que: *estará sujeto á colación lo que el difunto haya gastado para el dote y ojuar nupcial de los descendientes, para constituir al descendiente un patrimonio eclesiástico, ó pagar sus deudas. Si el descendiente que hubiera constituído la dote, la hubiera pagado al marido sin las garantías suficientes, la hija dotada, solamente estará obligada á colacionar la acción contra el patrimonio del marido.*

Concuerda también con los arts. 852 del Código de Bélgica, 1143 párrafo último del de Holanda, 774 del de Vaud, 1322 del de Luisiana, 993 del de Guatemala, 1068 del de Uruguay, 3480 del de la República Argentina, 1198 del de Chile, 1266 del de Colombia, y otros varios Códigos extranjeros.

Art. 1045. No han de traerse á colación y partición las mismas cosas donadas ó dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación ó dote, aunque se hubiese hecho entonces su justiprecio.

El aumento ó deterioro posterior, y áun su pérdida total, casual ó culpable, será á cargo y riesgo ó beneficio del donatario.

Preceptos contiene este artículo de importancia suma, de más importancia que á primera vista parece. Impone que las donaciones matrimoniales ó dotes se colacionen, no en las mismas cosas que las constituyen sino en su valor, y no en el valor que dichas cosas tengan al colacionarse, sino en el valor que tuvieren cuando se dieron; todo lo cual obedece á un gran principio de justicia que no siempre estará conforme con la equidad. Y se nos dirá quizá: ¿cómo se explica que haya aquí un gran principio de justicia que no esté conforme con la equidad? ¿Pues qué, lo equitativo no es siempre justo, y lo justo no es siempre equitativo? ¿No se viene manifestando en esta misma obra que la equidad y la justicia afianzan el mundo civilizado, y que donde ellas imperan, las leyes sustantivas son imperecederas, porque vienen necesariamente basadas en la ley natural en la moral universal? Exacto es esto de toda exactitud; y aun sosteniendo todas estas teorías que somos los primeros en sustentar, no podemos menos de reconocer que en ocasiones, raras afortunadamente, se ven principios justos que no están conformes con la equidad. Y aun que parezca atrevido en extremo el punto en cuestión, vamos á demostrarlo en pocas palabras.

Es evidente que según un principio jurídico inconcuso las cosas perecen y deben perecer para su dueño, y por consiguiente, si las cosas son nuestras desde que por título legítimo entran en nuestro poder, desde el momento en que la donacion se hizo, desde que la dote se constituyó, pasó al dominio del donatario, éste fué dueño de las cosas á él donadas; y por lo tanto, pereciendo las cosas para su dueño, éste ó sea el donatario ó la dotada, hace suyas todas sus accesiones experimenta todas sus pérdidas y desperfectos. He aquí el principio de justicia, inflexible, inexorable, matemático, preciso. Pero veamos el asunto bajo el punto de vista de la equidad, que algo más llega al corazón. Figurémonos que uno dona por razón de matrimonio á su hijo, ó con motivo de dotar á una hija, una casa valuada en 80000 duros, y por un incendio aquel edificio desaparece, quedando en su consecuencia reducido á la miseria el donatario; será muy justo que aquel donatario se vea en el deber de colacionar á la herencia de su padre los 80000 duros á que equivalía la donación, pero no será equitativo que encontrándose en la miseria por causas independientes de su voluntad, vea imputado aquello en su herencia, cuando si la casa donada hubiera permanecido entre los bienes herenciales, su pérdida hubiera sido común.

Por eso nuestro Código está muy conforme en esta materia con los más extricios principios de justicia, pero otros Códigos extranjeros muestran tendencias contrarias, fundándose en la equidad.

Lo que de todos modos vemos difícil de comprobar, es el valor que la cosa donada tenía al verificarse la donación, cuando no hubo tasación ó justiprecio; y entonces, caso de una desgracia, no acertamos cómo se fijará el valor de la cosa que ha desaparecido, para colacionar lo que como tal valor debiéra presumirse existente.

El Código de Francia en su art. 855, como el de Bélgica en igual artículo, previene que no estarán sujetos á colación los bienes inmuebles que hubieren perecido por caso fortuito y sin culpa del donatario; así como el art. 1012 del Código de Italia prescribe que: *el inmueble destruido por caso fortuito y sin culpa del donatario, no estará sujeto á colación.*

Precedentes vemos en la Ley 6.ª, tít. 22, lib. 8.º del Código Justinianeo; en las leyes 3.ª y siguientes del tít. 15, Part. 6.ª; Ley 5.ª, tít. 3.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, ó sea en la Ley 29 de Toro, como se significaron ya en la Ley 2.ª, párrafo 2.º, tít. 6.º, lib. 37; 20, tít. 1.º, lib. 36; y 7.ª, párrafo 16, lib. 24 del Digesto; y tanto el Proyecto de Código de 1851 en su art. 887, como el art. 1061 del Proyecto de 1882, proponían preceptos análogos; como se ven analogías en los arts. 829, 843, 858, 859, 860, 863 y 868 del Código de Francia; 1015, 1017 al 1020 del Código de Italia; 2107 del de Portugal, 778 del de Vaud, 1131 del de Luisiana, 1138 del de Holanda; siendo verdaderamente concordantes los arts. 999 al 1003 del de Guatemala, 1070 del de Uruguay, 3477 del de la República Argentina, 4025 y 4026 del de México, 1251 del de Veracruz-Llave, 4025 y 4026 del de Campeche, 829, 843, 858 al 860, 863 y 868 del de Bélgica, 2363 al 2367 del de Sajonia, 1185 del de Chile, 1243 del de Colombia, y otros.

Art. 1046. La dote ó donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno sólo se colacionará en su herencia.

Según lo anteriormente expuesto, es inconcuso que la dote ó donación hecha por ambos cónyuges no puede menos de colacionarse en la herencia de cada uno de los donantes, porque de los dos procede; así como cuando la que efectuare uno de los cónyuges, se colacionará en su herencia, pues sólo ha de atenderse á subsanar cualquier perjuicio que pudiera irrogarse en las legítimas procedentes del uno ó del otro; y si bien no hubo en nuestra patria prescripción escrita que tal determinase en el derecho común, se ha observado por costumbre; copiándola el Proyecto de 1882 en su art. 1062 del artículo 2108 del Código de Portugal, y tomándola de allí nuestro Código en el artículo que comentamos, que en relación está con los arts. 1336 y 1343 de este mismo Código, habiéndose observado tan sana doctrina en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, la de 4 de Mayo de 1866.

Concuerda con los arts. 2108 del Código de Portugal, 4085 del de México, 4035 del de Campeche, y otros.

Art. 1047. El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

El precepto de este artículo no solo es justo sino equitativo; implica el reconocimiento de la colación por imputación que es el modo más natural y cómodo de colacionar, pues realmente se le imputa á cada uno lo que recibió en vida de sus padres, recibiendo tanto menos cuanto es el importe de aquella anterior donación; y en cambio ha de entregarse á los demás coherederos otro tanto igual si posible fuera hasta en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad: lo cual venía prescribiéndose en las Leyes 3.ª y 4.ª, tít. 15, Part. 6.ª puesto que en ellas se disponía que la colación se hiciera en especie ó tomando de menos de la misma clase lo que ya anteriormente se había recibido.

Encontramos tambien precedentes en las Leyes 1.ª, párrafos 12 y 13, tít. 6.º, lib. 37 del Digesto, y en la Novela 97, cap. 6.º, *aut minus tantum accipere*; guardando perfecta relación el artículo que comentamos con los arts. 1061 al 1063 de este mismo Código.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 888 propuso preceptos sustancialmente iguales al que al presente nos ocupa del Código que comentamos, que, conforme está tambien con lo que proponía el art. 1063 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1015 del Código de Italia, 2107 del de Portugal, 1331 del de Luisiana, 778 del de Vaud, 1138 del de Holanda, 3476 del de la República Argentina, 1072 del de Uruguay, 4028 del de México, 4028 del de Campeche y otros.

Art. 1048. No pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho á ser igualados en metálico ó valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.

Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho á ser igualados con otros muebles de la herencia, por el justo precio, á su libre elección.

Evidente es que cuando no puede realizarse lo que prescrito queda en el art. 1047, no hay medio de equiparar á los coherederos y no perjudicarles en sus legítimas, sino es igualando á los antes no favorecidos con cantidades metálicas hasta colocarles en la misma situación de los ya favorecidos, sino hubiese metálico, en valores á precio de cotización cuando la operación se hiciera; y no habiendo tampoco esta clase de valores, vendiendo bienes de otra clase en pública subasta en cantidad necesaria para tal nivelación de parcelas hereditarias.

Más cuando los bienes donados hubieren sido muebles, solo podrán ser

igualados los demás coherederos por la adjudicación de otros muebles que de la herencia eligiesen, prévio justiprecio hasta la nivelación apetecida.

Relación con este art. 1048 tienen los arts. 334 al 336 de este mismo Código en que se determina el concepto jurídico de los bienes muebles y de los inmuebles; é iguales preceptos propusieron los arts. 889 y 1064 de los respectivos Proyectos de 1851 y 1882.

Concuerda con los arts. 868 del Código Francés, 2110 del de Portugal, 868 del Belga, 4029 y 4030 del de México, 1253 y 1254 del de Veracruz-Llave, 4029 y 4030 del de Campeche, 1024 y 1025 del de Italia y otros.

Art. 1049. Los frutos é intereses de los bienes sujetos á colación no se deben á la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión.

Para regularlos, se atenderá á las rentas é intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados.

Dos preceptos contiene este artículo que son muchos los Códigos que los consignan en sus páginas, pero que realmente están en contra de lo que anteriormente se ha espuesto acerca del dominio de las cosas donadas. Hemos dicho antes que el donatario hace suya la cosa donada desde el momento en que legítimamente la recibe, pues siendo así y haciendo suyas desde aquel momento todas sus accesiones, perdiéndose ó aumentándose ó menoscabándose la cosa para su dueño, no se comprende como siendo el donatario dueño de la cosa donada, haya de llevar al acervo común de la herencia, haya de colacionar á esa herencia los frutos y rentas que la cosa de que es dueño produzca desde el dia en que se abra la sucesión: esto pugna con el principio de justicia invocado al comentar el art. 1045, y no está conforme con los principios de equidad que entonces indicamos; pues si el donatario tiene el deber de colacionar los frutos y rentas de la cosa desde el dia de la apertura de la sucesión, tambien debia tener derecho de no responder de perjuicios habidos en la cosa, y si la cosa donada se pierde para él, y no para los demás, por ser dueño de la misma desde que la donación se efectuó, claro es que los beneficios que por la misma se obtengan y mucho más los frutos y rentas que por el trabajo se obtienen, debian ser de su dueño y no de la herencia.

Además, tampoco es justo que para regular esos intereses y rentas, se atienda á los que rinden otros bienes de la misma especie que los colacionados sino que atenderse deberia en todo caso, á lo que los mismos bienes sujetos á colación realmente producen. De no efectuarse así, incúrrese en una enorme contradicción con lo espuesto en el art. 1045, y el donatario dejaria de ser dueño de los efectos donados con todas sus consecuencias, y la propiedad lejos de ser libre como todos los Códigos reconocen, se convertiria en esclava del capricho

del administrador de una herencia, y persona alguna se estimularía á esplotar las cosas que en donación de sus padres recibió, puesto que se vé expuesto un día á que los productos de su trabajo, de sus adelantos y de sus sacrificios vayan á consumirse bajo una mal entendida colación de frutos y rentas, en una peor administración de la herencia á que se colacionan.

Además, que eso no responde al objeto de la colación ni corresponde más que á su dueño, pues si efectivamente es cierto que ciertos bienes recibidos en donación ó en dote, durante la vida del causante, se colacionan para no perjudicar las legítimas de los demás, como lo que se recibió anticipadamente, si así puede decirse, fué la cosa donada, no sus frutos que son hijos del trabajo del verdadero dueño, de aquí el que siendo dueño el donatario no debe colacionar lo que él produce, sino lo que se le adelantó; pero esto podrá sostenerse siguiendo el sistema de la imputación para colacionar, no en el caso que á colación se lleven las mismas cosas, porque entonces la administración responderá de su cuidado y recaudará sus frutos y rentas.

Bajo este supuesto se estableció en Roma, y como precedente puede citarse la ley 5.ª, párrafo primero, tít. 7.º, lib. 37 del Digesto.

Relación tiene este artículo que comentamos con los arts. 1063 y 1095 del mismo Código, y tanto el Proyecto de 1851, en su art. 890, como el Proyecto de 1882, en su art. 1065, propusieron preceptos idénticos.

Concuerda con los arts. 856 del Código de Francia, 1013 del de Italia, 856 del de Bélgica, 2106 del de Portugal, 776 del de Vaud, 1144 del de Holanda, 1007 al 1009 del de Guatemala, 1263 del de Colombia, 1205 del de Chile, 1073 del de Uruguay, y 1255 del de Veracruz-Llave, cuyos dos últimos Códigos son casi idénticos al nuestro; mientras que el de México y el de Campeche, en sus artículos 4037, dicen terminantemente: *los bienes, por sólo el hecho de traerse á colación, no causan réditos ni producen frutos para la herencia, mientras no se hace la partición.*

Art. 1050. Si entre los coherederos surgiere contienda sobre la obligación de colacionar ó sobre los objetos que han de traerse á colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza.

No ha de ser un obstáculo para la división de la herencia la contienda emprendida entre dos coherederos acerca de la obligación de colacionar, pues esto sería lo mismo que dejar indeterminadamente yacente la herencia, y suspender un juicio universal en perjuicio de todos por una cuestión que, de cualquier modo que se resuelva, no ha de causar perjuicio irreparable á la generalidad de los interesados en la herencia.

Precedentes encontramos en los párrafos noveno y siguientes de la ley 1.ª,



tít. 6.ª, y § 7.º de la ley 1.ª, tít. 7.º, lib. 37 del Digesto; sustentándose preceptos análogos en el art. 892 del Proyecto de 1851, como en el art. 1067, del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 1075 del Código de Uruguay, 2112 del de Portugal, 4039 del de México, 1257 del de Veracruz-Llave, 4039 del de Campeche y otros; pero todos están conformes en que el que sostenga la improcedencia de la colación debe asegurar por medio de fianza, depósito, ó de otro modo equivalente el derecho reclamado por los coherederos.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LA PARTICIÓN

Art. 1051. Ningún coheredero podrá ser obligado á permanecer en la indivisión de la herencia, á menos que el testador prohiba expresamente la división.

Pero, aún cuando la prohiba, la división tendrá simpre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad.

Al tratar en esta segunda sección de la partición de herencia prefija nuestro Código reglas que nunca habianse visto escritas en una ley sustantiva, y que verdaderamente sirven de base á una justa y equitativa división de herencia. Siéntase en el art. 1051 de este Código el principio de que ningún coheredero podrá ser obligado á permanecer en la indivisión de la herencia, á menos que el testador prohiba expresamente la división; y esto debiera recordarnos lo que se expuso al hablar de los bienes *pro indiviso* y de las bases que allí se sustentaron para la división de las cosas habidas en común: allí se hizo ver la conveniencia de la libertad de la propiedad, y, por consiguiente, allí se inició lo que en esta sección viene á desenvolverse, puesto que en el art. 400 se prescribe que ningún copropietario estará obligado á permanecer en la comunidad. La indivisión, por lo tanto, no es obligatoria para nadie, ni prevalecer puede aunque la imponga el testador; porque aunque esa imposición fuera admisible, la sociedad que con ella se estableceria entre los coherederos no podria menos de cesar por las causas que termina el contrato de sociedad, y como una de esas principales causas es la voluntad de cualquiera de los socios, por dicha voluntad tendrá que extinguirse la mencionada indivisión. Asi es, que aun cuando otra cosa quiera suponerse, es imposible el sostenimiento de la indivisión de la herencia.

Precedentes encontramos en la Ley 5.ª, tít. 37, libro 3.º del Código Justinianeo; Ley 14, § 2.º, tít. 3.º, lib. 10 del Digesto y Leyes 1.ª y 2.ª, tít. 15, Part. 6.ª; y conforme está con lo propuesto en el art. 1066 del Proyecto de Código Civil de 1882..

El artículo que de nuestro Código comentamos está en perfecta relación con los arts. 400 y 1700 de este mismo Código, y con los arts. 959 al 1129 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Concuerda con los arts. 815 del Código de Francia, 984 del de Italia, 815 del de Bélgica, 752 del de Vaud, 1215 del de Luisiana, 1112 del de Holanda, 1317 del de Chile, 1014 del de Guatemala, 1077 del de Uruguay, 3452 del de la República Argentina, y otros varios.

Art. 1052. Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos.

Consecuencia natural es de los principios anteriormente sentados el que se sustenta en este artículo, y fuera de toda duda está que todo coheredero *sui juris* podrá pedir en cualquier tiempo la división de la herencia, siendo la menor condición que la ley podía exigir en quien solicite la división, que no esté incapacitado para la administración y disposición de sus bienes: mas, como no ha de colocarse en peores condiciones á los menores y demás personas que por sus circunstancias especiales no gocen de la libre administración de sus bienes, inconcuso es que en tal caso no será la misma personalidad que desea la división quien la pida, sino su legítima representación.

Precedentes encontramos en varias disposiciones del Digesto, y en la Ley 2.ª, tít. 15, Part. 6.ª, pues aunque la primera de dicho título y Partida se limita á encomiar las ventajas de la participación de las cosas en común, la segunda autoriza á los coherederos á demandar la partición.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 893 proponía un precepto idéntico al de la primera parte del artículo que comentamos, y lo propuesto en el artículo 1069 del Proyecto de 1882 está conforme con este mismo artículo.

Concuerda con los arts. 817 del Código de Francia, 755 del de Vaud, 1114 y 1115 del de Holanda, 1235 y 1238 del de Luisiana, 1322 del de Chile, 3454 al 3457 del de la República Argentina, 1016 al 1017 del de Guatemala, 1078 y 1079 del de Uruguay, 817 del de Bélgica, 4043 y 4044 del de México, 4043 y 4044 del de Campeche, 1374 y 1379 del de Colombia y otros.

Antes de terminar este artículo debemos hacer presente que al usar la palabra *sui juris* no la consignamos como sinónimo de mayor de edad, sino que

le damos una mayor extensión, que es la que jurídicamente tiene en sí, porque evidente es que, muchos, siendo mayores de edad, se encuentran en circunstancias tales que no se les puede considerar *sui juris*. Decimos esto por que sabemos que hemos sido objeto de crítica sobre este particular, suponiendo confundíamos lo que apreciamos muy distinto.

Art. 1053. La mujer no podrá pedir la partición de los bienes sin la autorización de su marido ó, en su caso, del Juez. El marido, si la pidiere á nombre de su mujer, lo hará con consentimiento de ésta.

Los coherederos de la mujer no podrán pedir la partición sino dirigiéndose juntamente contra aquélla y su marido.

Dados los principios que sentados quedan acerca de la imposibilidad de comparecer en juicio la mujer sin autorización de su marido, natural es que quede prohibido por el artículo que nos ocupa, que la mujer pueda pedir la partición de los bienes sin la autorización de su marido ó la del Juez en su defecto; porque según digimos al comentar el art. 60 de este mismo Código el marido es el representante de la mujer y ésta no puede sin su licencia comparecer en juicio por sí ni por medio de procurador; lo cual está perfectamente relacionado con lo que previene el art. 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto á la prohibición de que comparezcan en juicio los que no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; como también se relaciona, perfectamente con lo que preceptuan los arts. 1994, 1995, y 1998 al 2100 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la mujer casada y de las habilitaciones necesarias para que comparezca en juicio.

Precedentes encontramos en la Ley 55 de Toro que transcrita fué á la Ley 11 tít. 1.º, lib. 10, de la Novísima Recopilación, y varias sentencias del Tribunal Supremo así lo decidieron, encontrándose entre ellas las de 24 y 25 de Setiembre y 10 Octubre de 1861.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 895, como el art. 1070 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos; y concuerda con el art. 818 del Código de Francia, 754 del de Vaud, 1260 del de Veracruz-Llave, 818 del de Bélgica, 1240 del de Luisiana, 1115 del de Holanda, 1322 del de Chile, 1454 del de la República Argentina, 1080 del de Uruguay, 1018 del de Guatemala y otros.

Art. 1054. Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado ó no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición.

Es natural que los herederos bajo condición no puedan pedir la partición de herencia, hasta que la condición se cumpla, y que si por circunstancias especiales otra cosa se hiciere la partición tenga solo el carácter de provisional. Por lo que, perfectamente detallado el precepto que nos ocupa no necesita comentario, mucho menos cuando relacionado como está con los artículos 709, 800 y 805 de este mismo Código, cualquier duda que se suscitare no podría menos de resolverse acertadamente.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 956 proponía un precepto análogo y el art. 1071 del Proyecto de 1882 tomado de aquel, parece haber servido de pauta al que de nuestro Código comentamos.

Concuerda con el art. 3458 del Código de la República Argentina que es enteramente igual al nuestro; con el art. 1319 del Código de Chile; con el 1081 del de Uruguay que tambien es igual al primer apartado del nuestro; con los arts. 1019 y 1020 del Código de Guatemala, los cuales forman un conjunto igual al del art. 1054 que de nuestro Código comentamos; con los arts. 4046 y 4047 del Código de México; con el art. 1261 del de Veracruz-Llave y con los arts. 4046 y 4047 del de Campeche; debiendo advertirse que los de México y Campeche son como el de Guatemala y por consiguiente idénticos en la esencia al nuestro.

Art. 1055. Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos ó más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación.

Evidente es que si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos y al morir deja éste dos ó más herederos, como estos son la genuina representación del que murió antes de dividirse la herencia, no puede menos de ser suficiente que cualquiera de sus representantes la pida; y que cuantos intervinieren en tal concepto ó sea en representación de aquel heredero que falleció antes de tomar posesión de la parte de la herencia que le correspondiese, no podrán comparecer más que bajo una sola representación porque su personalidad es una, los intereses que defienden son los mismos, y una sola participación ha de ser la que tengan en aquella herencia.

Precedentes encontramos en la Ley 48, tít. 2.° lib. 10 del Digesto; y tomado fué el precepto que nos ocupa del art. 897 del Proyecto de Código de 1851 con el cual estaba conforme el art. 1008 del Proyecto de Código de 1882.

Concuerda con los arts. 3459 del Código de la República Argentina, 1025 del de Guatemala, 1321 del de Chile, 1083 del de Uruguay, 1262 del de Veracruz-Llave, 4052 del de México, 4052 del de Campeche; debiendo hacer presente que el citado artículo del Código de la República Argentina es el más parecido al nuestro, y que el 1083 del de Uruguay es el que encontramos más conciso y de-

terminante, pues dice que si falleciere uno de los coherederos antes de hacerse la partición, cualquiera de los herederos del fallecido podrá pedirla, pero formarán en ella una sola persona y no podrán obrar sino todos juntos ó por medio de un procurador común.

Art. 1056. Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos ó por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos.

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico la legítima á los demás hijos.

Dificultades habia ofrecido á la mayor parte de los jurisconsultos y á varios tratadistas la cuestión ardua de quien era la persona que debia practicar la partición, en qué forma y con qué solemnidades habia de realizarse; mas nuestro Código, prescindiendo de prácticas más ó menos convenientes y de una rutina curialesca que desdecía del tecnicismo que siempre en el derecho debe imperar, ha sentado preceptos que reforman en puntos esenciales la ley de Enjuiciamiento civil, al objeto de hacer más fáciles, más breves y menos dispendiosas las operaciones de la partición; y aunque algunos creen que los verdaderos precedentes del articulo que comentamos se encuentran en los artículos 1038, 1041, 1045 y 1046 de la ley de Enjuiciamiento civil, realmente no puede considerarse asi, por cuanto si bien en ellos se determina quienes son las personas que pueden presentarse como parte legitima para promover el juicio de testamentaria, voluntario ó necesario, los casos en que como necesario debe conceptuarse el juicio de testamentaria, la prohibición del testador para que se intervenga judicialmente en su testamentaria, y el respeto que se merecen las reglas que el testador establezca para el inventario, avaluo, liquidación y división de bienes, aunque distintas sean de las ordenadas por la ley de Enjuiciar, no es esto precisamente lo que previene nuestro Código, pues según él, estas operaciones pueden practicarse por el mismo testador, por el comisario ó apoderado que nombrase en su testamento y por los mismos interesados en esa partición: y no sólo esto, sino que en el articulo que comentamos manda nuestro Código respetar la partición que ya en el testamento ó por un acto entre vivos hubiere practicado el testador, si con aquella operación no ha perjudicado en su legitima á algunos de los herederos forzosos, facultando al padre de familia que en interés de la suya quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, para que uno de sus hijos se encargue de dicha explotación y entregue á los demás en metálico la legitima correspondiente: de manera que, sin que rotundamente se exprese, este articulo empieza modificando ya parte de algunos de los preceptos de la ley procesal.

Precedentes encontramos en la Ley 10 tit. 36 lib. 3.º del Código Justinianeo; Ley 7.ª, tit. 1.º, Part. 6.ª; y en la Ley 19 de Toro ó sea la Ley 3.ª, tít. 6.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación, pues entre los romanos se respetaba tanto la partición hecha por el testador, que no se rescindia ni aun por lesión con tal que quedase salva la legitima; y en nuestra patria las disposiciones que acabamos de citar, autorizaban al padre ó al abuelo para la distribución de la herencia y para señalar los bienes en que había de satisfacerse la mejora: observándose que, tanto la Ley 7.ª, tit. 1.º, Part. 6.ª, que autorizó al padre para hacer la partición entre sus descendientes, como la Ley 19, de Toro antes citada, que permitió al padre y al abuelo que mejorasen en cosa determinada á cualquiera de sus descendientes, pasó en su esencia al articulo 899 del Proyecto de 1851, el cual fué copiado en el primer párrafo del articulo 1009 del Proyecto de 1882, del que se transcribió al articulo que comentamos.

Mas la segunda parte de este articulo, nueva y todo como es, no deja de ser una consecuencia de lo que el primer apartado del mismo previene, habiéndose limitado nuestro Código en este punto á aclarar una prescripción que en la práctica había venido aceptándose, y que implica una regla que debe dar los mejores resultados, puesto que la división de una finca de cierto género la extingue y destruye: mientras que conservándose intacta la explotación de una industria ó de un negocio agrícola ó industrial establecido en ciertas condiciones, ha de dar más pingües rendimientos, sobre todo si la gerencia de esa explotación se confía á persona entendida y de buen tacto para ello, que nadie mejor que el padre puede designar; recayendo en beneficio de todos disposición tan acertada que ha de producir necesariamente mayores elementos de riqueza, y que teniéndose en cuenta lo que al frente queda de tales explotaciones ha de beneficiar á sus coherederos.

En relación está el articulo que comentamos con lo que previenen los articulos 807 al 809 y 1070 de este mismo Código, que concuerdan con los arts. 1027 del de Guatemala, 1085 del de Uruguay, 1318 del de Chile, 4054 al 4057 del de Mexico, 1264 del de Veracruz-Llave, 4054 al 4057 del de Campeche y otros varios.

Art. 1057. El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* ó *mortis cáusa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad ó sujeto á tutela; pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

Considera nuestro Código obligatorio para todos el mandato del testador, por un acto *intervivos* ó *mortis causa*, con tal que el mandatario no sea coheredero; de manera que aqui se vé marcada tendencia á que ninguno que participación tenga en la herencia haga su distribución; lo cuál indudablemente ha debido preceptuarse por temor de que el interés que en la sucesión tienen los herederos, les lleve al caso de no intervenir en esa partición con toda la imparcialidad que fuera de desear; mas esto parece que se halla en contradicción con lo que se preceptúa en el artículo siguiente ó sea el 1058, en el que se previene que, cuando el testador no hubiere hecho la partición, ni hubiese designado á otro para hacerla, siendo los herederos mayores de edad, y teniendo la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia del modo que tengan por conveniente. De manera, que parece que por uno de estos artículos se teme no haya la imparcialidad suficiente en un heredero para realizar la partición de bienes que el testador encargase; y por otra parte, parece como que se faculta en el segundo artículo á los coherederos para distribuir la herencia de la manera que les conviniere: cuya contradicción sólo puede explicarse bajo el concepto de que en el primer caso se prohibe que uno solo de los coherederos haga la partición, y en el segundo se consiente que esa partición se verifique por todos los coherederos que fuesen mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes.

De todos modos, en uno y otro precepto se transparenta una reforma de la ley procesal, pues nuestro Código no considera preciso el juicio necesario de testamentaría, ni la aprebación judicial de las operaciones que ejecute el mandatario, aun que en la herencia estén interesados menores ó incapacitados; pues la mayor garantía que en este caso se exige en beneficio de tales menores ó incapacitados, es que con citación de los coherederos, acreedores y legatarios se forme el inventario correspondiente.

Precedentes encontramos en la Ley 19 de Toro, si bien ésta limitaba la facultad del testador prohibiendole delegar la de hacer la partición á otra persona; mas esta ley fué derogada por la Ley 10, tít. 21, lib. 10, y otras disposiciones del título 19 del mismo libro de la Novísima Recopilación.

El artículo que comentamos está en relación con los arts. 200, 320, 671 y 901 del mismo Código; y guarda conformidad con lo que propusieron en parte los artículos 900 y 901 del Proyecto de Código de 1851, y con lo que propuso el artículo 1010 del Proyecto de 1882.

Concuerda en parte con el art. 824 del Código de Francia; 3468 del de la República Argentina, 824 del de Bélgica, 1323 del de Chile, 1093 del de Uruguay, y 1265 y 1266 del de Veracruz-Llave.

Art. 1058. Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado á otro esta facultad, si los herederos fueran ma-

yores y tuvieren la libre adquisición de los bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

Ya expresamos al comentar el anterior artículo, que parecía establecerse una contradicción, que hasta cierto punto nos explicábamos por esa misma diferencia que tiene que determinarse entre la distribución que este artículo prefija pueda hacerse por todos los coherederos de acuerdo, y la partición que niega el artículo anterior se encomienda á uno solo de ellos; más no hay tal contradicción. Estamos conformes en que, cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni hubiese nombrado quien la hiciera, si los herederos fuesen mayores de edad y tuviesen la administración de sus bienes, puedan distribuir la herencia de la manera que crean más conveniente, no sólo por los gastos que se evitan, sino porque habiendo conformidad nadie debe repartir mejor los bienes herenciales que los mismos interesados, pues procurando adjudicar á cada uno lo que más le convenga por razón de su textura, ellos mismos pueden fijar las compensaciones del modo más equitativo, mientras que vemos razonable se evite el que uno solo de los interesados haga la partición.

Precedentes encontramos en la Ley 80, tít. 18, Part. 3.ª; y en la Ley 8.ª, título 4.º, lib. 3.º del Fuero Real; y en relación está el art. 1058 que de nuestro Código comentamos, con los arts. 317 y 324 del mismo, y 1047, 1048 y 1095 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 902, y el de 1882 en su art. 1075, propusieron preceptos análogos; concordando el artículo que nos ocupa con los arts. 819 del Código Francés, que digno es de estudiarse por cuanto detalla y prevée los accidentes más insignificantes, y confirmado se halla por diferentes sentencias del Tribunal de casación de la vecina Nación; 1325 del de Chile, 819 del de Bélgica, 3462 del de la República Argentina, 1034 del de Guatemala, 1089 del de Uruguay, y otros diversos Códigos extranjeros.

Art. 1059. Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará á salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Es evidente que si amigablemente se hace imposible la partición por los mismos herederos, queda á cualquiera de ellos el derecho de pedir se haga judicialmente con arreglo á lo que previene la ley de Enjuiciamiento civil, que es la que ha servido de norma hasta hoy en estos asuntos, por cuanto en la idea de todos la necesidad de la partición estaba, y por consiguiente las formas propias son de una ley procesal, más que de una ley sustantiva.

Precedentes encontramos en algunas leyes del Digesto y del Código Justinianeo, pues sabido es que cuando en Roma discordia había entre coherede-

ros, sujetábase la partición á la prudencial decisión de un Magistrado, en virtud del ejercicio de la acción *familiæ erciscundæ*; lo cual demuestra que allí, como aquí, cuando no había acuerdo entre los herederos los Tribunales eran y son los encargados de resolver lo más justo acerca de dichos desacuerdos. Y en nuestra patria, vese el antecedente sentado por las leyes 9.ª y 10, tít. 15, Part. 6.ª, en las que ya se preveía el caso de que los herederos tuvieren que acudir al Juzgado para dirimir sus diferencias, como hemos visto después en los arts. 1068 y 1070 al 1093, las principales reglas de acción para casos tales. De modo, que nuevo no es el precepto que nos ocupa en España, donde las particiones se reglamentaron muy principalmente en la ley procesal.

Ocupándose de esto el Proyecto de 1882 decía en su art. 1076, que en tal caso, cuando no hubiese avenencia se haría la partición judicial conforme á las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil.

Concuerda con los arts. 822, 823 y 837 del Código de Francia, 986 del Código de Italia, 822, 823 y 837 del de Bélgica, 1331 del de Chile, 1036 y 1043 del de Guatemala, 1088 del de Uruguay, 4068 del de México, 2134 del de Portugal, 4068 del de Campeche y otros.

Art. 1060. Cuando los menores de edad están sometidos á la pátria potestad y representados en la partición por el padre ó, en su caso, por la madre, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

Viene aquí este art. 1060 reformando los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil de una manera radical, pues antes necesaria era la aprobación judicial para las transacciones sobre bienes y derechos de menores para la venta de los dichos bienes, etc., etc.; lo único que se excepcionaba (no por la ley procesal, sino por una disposición del Código *repetitæ prelectionis)* era la subasta para la venta de esos bienes cuando los padres eran los que pedían tal enajenación, pero previa la justificación de su utilidad y necesidad con la correspondiente aprobación judicial, hasta la Real orden de 6 de Diciembre de 1868 de escasa observancia.

No se ocupó de este particular el Proyecto de 1851, pero sí tiene precedentes en la Real orden de 6 de Diciembre de 1868, en la Resolución de la Dirección general de los Registros de 29 de Abril de 1885, y en el art. 1078 del Proyecto de Código civil de 1882, pues en éste se propusieron preceptos análogos, y en la Resolución ya citada de la Dirección al dejar sin efecto la negativa de inscripción del Registrador de Santo Domingo de la Calzada, se sentó que es doctrina admitida por aquella Dirección la establecida por la mencionada Real orden de 1868, en virtud de la cual no es necesaria la aprobación judicial en las particiones en que hay interesados menores, si éstos han sido representados por sus padres en virtud de la patria potestad.

Sin embargo, en el número 2.° del art. 1041 de la ley de Enjuiciamiento civil se determina que es necesario el juicio de testamentaria cuando los herederos ó cualquiera de ellos sean menores ó estén incapacitados, *á no ser que estén representados por sus padres;* mas luego el art. 1049 de dicha ley de Enjuiciamiento civil, preceptúa que las liquidaciones y particiones de herencia hechas extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores nombrados por el testador, deberán presentarse á la aprobación judicial siempre que tenga interés en ella como heredero ó legatario de parte alicuota *algún menor, incapacitado ó ausente cuyo paradero se ignore.*

Art. 1061. En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie.

Es de buen sentido lo que se previene en este artículo, tan de sindéresis, que basta su enunciación para comprenderlo, y por ello no debemos decir una palabra más sobre su inteligencia, pues lo que no puede ofrecer duda, cuando se explica llega á producir confusión.

Esa misma regla observaron los romanos, atemperándose siempre en lo posible á la intención del finado, y en su defecto á los deseos de los coherederos en cuanto pudieran armonizarse: tal tendencia se veía en la Ley 4.ª, párrafo 19 del Digesto, *familiæ erciscundæ*, y en varias disposiciones del Código Justiniáneo, en las Leyes 21 y 36, tít. 3.°, lib. 10 del Digesto, *comuni dividundo* y Ley 26, tít. 1.°, lib. 42, del Digesto.

El art. 1061 que comentamos, en relación está con los arts. 1047 y 1072 de este mismo Código, y tomado parece del art. 908 del Proyecto de 1851 con el que conforme está el Proyecto de 1882, en su art. 1079, si bien en éste se consignaban las frases: «salvo el convenio de los interesados».

Concuerda con los arts. 831 y 832 del Código de Francia, 993 del de Italia, 831 y 832 del de Bélgica, 761 del de Vaud, 1287 del de Luisiana, 1123 del de Holanda, regla 4.ª del 1033 y regla 2.ª del 1035 del de Guatemala, 1102 y 1103 del de Uruguay, 1337 del de Chile, 2142 del de Portugal, 4066 del de México, 1273 del de Veracruz-Llave, que es igual al nuestro, 1066 del de Campeche y otros.

Observándose vino esto en la práctica, por equidad en todas las testamentarias, en las que generalmente se ha guardado siempre la posible igualdad, haciendo lotes, adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, especie y calidad, con los correspondientes suplementos ó equivalencia en metálico; de la manera que llegarse puede ya que no á una igualdad absoluta á una justa y equitativa proporcionalidad.

Art. 1062. Cuando una cosa sea indivisible ó desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse á uno, á calidad de abonar á los otros el exceso en dinero.

Pero no bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

Lógico es pensar que entre coherederos de sano juicio, aunque la ley no lo prescribiera, habia de comprenderse lo ventajoso que es la adjudicación á uno de ellos de la cosa indivisible ó que desmerezca mucho en su sustancia y valor por la división, comprometiéndose el adjudicatario á abonar á los otros coherederos el exceso de la parcela en dinero, pues no sólo puede darse así á la cosa un mayor valor que el que se daría cuando dividida estuviese, sino que hasta podrían interesar los demás una participación estableciendo sociedad bajo la base de aquella adjudicación.

Pero el Código quiere que la propiedad sea en extremo libre, no pretende en manera alguna coartar los derechos individuales, y con tal motivo prefija en el segundo apartado de este artículo que, desde el momento en que haya uno solo de los coherederos que pida la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, es indispensable que así se haga: lo cual tiene sus ventajas y sus inconvenientes, pues admitida la mala fe en las negociaciones, tanto esa libertad como la restricción completa puede producir ruinosos resultados. Pudiendo cualquiera de los coherederos exigir la venta en pública subasta, cabe la combinación de la falta de licitadores para anunciar una segunda subasta con la depreciación procedente, y hacer una mala venta en perjuicio de todos, por un mero capricho ó por un negocio de alguno de los coherederos. Dejando á la mayoría la decisión de la venta, cabe también el perjuicio y hasta la miseria de otros de los coherederos.

Ya la Ley 10, tít. 15, Part. 6.ª se ocupaba de esto, pero dando cierta facultad á la autoridad judicial que podía nivelar las aspiraciones de los coherederos, cuyo arbitrio judicial también habían sostenido diferentes disposiciones del Digesto y del Código Justinianeo, aunque sin tratar de la venta.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 909, y el Proyecto de 1882, en su art. 1080, propusieron preceptos análogos al que de nuestro Código comentamos, que en relación está con los arts. 401, 404 y 1619 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 827 del Código Francés, 988 del de Italia, 827 del Belga, 757 del de Vaud, 1262 del de Luisiana, 2145 del de Portugal, 1039 y 1040 del de Guatemala, 1090 del de Uruguay, 1337 del de Chile, 3073 y 3074 del de México, 1274 del de Veracruz-Llave, 3073 y 3074 del de Campeche y otros.

Art. 1063. Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las ventas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia ó negligencia.

También este articulo se apoya en los principios de equidad y de justicia en tal manera, que su sola enunciación basta para demostrarlo. El abono recíproco de los frutos y rentas de los bienes hereditarios, son de todos y cada uno de los herederos; las impensas útiles y necesarias en los mismos hechas, de abono son; y los daños causados por malicia ó por negligencia, compensarse deben con rebaja de su participación al que los causó, ya que otra acción contra el mismo no se dirija.

Precedentes tenemos en las prestaciones personales prefijadas en las Leyes 19, tit. 36, lib. 3.° del Código Justinianeo, y 25, párrafo 16, tit. 2.°, lib. 10 del Digesto, cuya doctrina aceptada fué en la Ley 6.ª, tit. 15, Part. 6.ª

El articulo que nos ocupa, en relación está con los arts. 453, 454, 457 y 1049 de este mismo Código, siendo idéntico al art. 910 del Proyecto de 1851, reproducido en el art. 1081 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 861 y 862 del Código de Francia, 990, 993 y 994 del de Italia, 861 y 862 del de Bélgica, 1338 y 1339 del de Chile, 1050 del de Guatemala, 1101 del de Uruguay, 4084 del de México, 1275 del de Veracruz Llave, 4084 del de Champeche, y otros.

Art. 1064. Los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán á cargo del mismo.

Al ocuparnos del art. 1033 de este mismo Código, digimos ya que está en perfecta relación con el que ahora nos ocupa. Y es perfectamente justo que los gastos hechos en interés común comunes sean, puesto que en beneficio de todos redundan, asi como deben ser de cuenta de cada uno de los copartícipes aquellos que sólo aprovechan á una parte.

Nuevo como precepto escrito, no introduce novedad en la marcha de las testamentarias, en las que, siguiendo las sendas marcadas por la equidad y la justicia natural, cuyas ideas se albergan en la conciencia de todo hombre honrado, la práctica vino á introducir tales reglas de acción que el Código eleva á preceptos legales positivos.

En el Proyecto de 1851 propuso su art. 907 un precepto análogo.

Concuerda de tal modo con el art. 1272 del Código de Veracruz Llave, que es enteramente igual, y no sólo está en concordancia con dicho art. 1272 del indicado Código, sino que lo está casi por igual con el art. 1072 del de Guatemala; teniendo algunas analogias con los arts. 2157 del de Portugal, 1333 del de Chile, 4110 del de México, 4110 del de Campeche, y otros.

Art. 1065. Los títulos de adquisición ó pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca ó fincas á que se refieran.

Natural es que la titulación de la fincas adjudicadas á los herederos ó legatarios sean entregadas á éstos, porque representan la fé de existencia y el origen de los derechos que sobre los mismos tenian los causantes, son como las partidas bautismales de los hijos entre los que se sujetan á una religión determinada ó la certificación de los registros. Son la historia de las vicisitudes de las fincas adjudicadas, las bases en que ha de apoyarse su dueño el día que tenga que sostener un litigio. Y no es nuevo esto, pues no sólo vemos precedentes en las leyes romanas (algunas del libro 10 del Digesto), sino en la ley 7.ª, tít. 15, Part. 6.ª, y en el art. 1092 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya ley procesal bien clara es en esta materia y bien poco deja que desear.

El Proyecto de 1851 en su art. 911, como el de 1882 en su art. 1082, propusieron preceptos idénticos: y es tal la conformidad de pareceres sobre este particular, que todos los modernos códigos dicen exactamente lo mismo en la esencia, con alguna ligera variante en su redacción.

Concuerda con los arts. 842 del Código de Francia, 999 del de Italia, 842 del de Bélgica, 2153 del de Portugal, 768 del de Vaud, 1306 del de Luisiana, 1276 del de Veracruz-Llave, 1126 del de Holanda, 3472 del de la República Argentina, 1343 del de Chile, 1056 del de Guatemala, 1109 del de Uruguay, y 2094 del de México, 2094 del de Campeche.

Art. 1066. Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas á diversos coherederos, ó una sola que se haya dividido entre dos ó más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca ó fincas, y se facilitarán á los otros copias fehacientes, á costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará al varón, y, habiendo más de uno, al de mayor edad.

Siendo original, aquél en cuyo poder quede deberá también exhibirlo á los demás interesados cuando lo pidieren.

En algunos de los concordantes antes citados se ven ya previstos bajo un mismo artículo los dos casos que nuestro Código presenta en este art. 1066 y el anterior, resolviendo de la misma manera todos los casos que en ellos se indican. Partiendo siempre del supuesto de que los títulos se deben entregar á las personas á quien se adjudiquen los bienes, mientras cada finca tiene sus títulos, no hay dificultad; pero ésta se presenta cuando bajo un mismo título se presentan varias fincas, que distribuidas quedan en diferentes personas; en cuyo caso es justo que al que le corresponda la mayor parte de ellas ó la de más importancia, se le entregue el título original, y á los otros una copia en cuanto se refiera á cada una de las fincas que les correspondiera. Mas el Código prevée el caso de que las fincas sean iguales, se dividan por iguales partes, y tengan

igual valor; y entonces atiende al sexo del adjudicatario prefiriendo al masculino; y caso de ser los coherederos del mismo sexo atiende con preferencia á la mayor edad del beneficiado; imponiendo el deber de exhibir el original á todos los copartícipes ó coherederos cuando fuere preciso.

En esto guarda gran analogía nuestro Código, con lo determinado acerca de la comunidad de bienes, y casi podría asegurarse que informan los mismos principios á las dos secciones.

Precedentes se encuentran en las leyes 4.ª, parrafos 3.° y 5.°, tít. 2.°, lib. 10 del Digesto, y en la 7.ª, tít. 15, Part. 6.ª; habiendo propuesto análogos preceptos tanto el art. 912 del Proyecto de 1851, como el art. 1083 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 842 del de Francia, 999 del de Italia, 842 del de Bélgica, 768 del de Vaud, 1277 del de Veracruz-Llave, 1306 del de Luisiana, 1126 del de Holanda, 1343 del de Chile, 3473 del de la República Argentina, 1057 del de Guatemala, 1109 del de Uruguay, 4095 del de México, 2154 del de Portugal, 4095 del de Campeche, y otros varios.

Art. 1067. Si alguno de los herederos vendiere á un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos ó cualquiera de los coherederós subrogarse en el lugar del comprador, reembolsándole el precio de compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, á contar desde que esto se les haga saber.

En nuestro fuero Aragonés se encuentra algo de lo que establece este artículo; preferencia justa en pro de los parientes establecida, que no podemos menos de encomiar, pues natural es que el coheredero prefiera más concurrir con un pariente y conocido, que con una persona á quien no conoce. Además, si alguna utilidad quedar pudiera, es más justo que la reporten los coherederos que los extraños; y por ello tiene su razón de ser, mas fundado en esto que en otra base, el preferible derecho que aquí se establece á favor de los coherederos para subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de compra, si éste lo verificase en el término de un mes desde que se les haga saber la enajenación á los coherederos.

Nosotros hubiéramos sido más explícitos, pues hubiésemos ordenado que cualquier heredero que pretendiese vender su derecho hereditario antes de la partición, tuviese el deber de ofrecer por el tanto la misma venta á todos y á cada uno de sus coherederos por el término de ocho dias desde el ajuste, y si los coherederos, todos ó alguno de ellos, no retragesen para sí dicha venta por el precio estipulado en el término de un mes desde el aviso, se ratificará la venta hecha á un extraño perdiendo los demás todo derecho de retracto desde el momento que transcurra dicho término de un mes.

Precedentes tenemos en varias disposiciones del Código Justinianeo com-

prendidas en el tít. 35 del lib. 4.º de dicho Código, muy especialmente la 22 á la 24; y en relación está con los arts. 7, 1000, 1511, 1518, 1520 al 1522, 1524 y 1525 de este mismo Código.

El Proyecto de 1851 en su art. 916, como el Proyecto de 1882 en su art. 1084, propusieron preceptos análogos; y concuerda con los arts. 841 del Código de Francia, 767 del de Vaud, 841 del de Bélgica, 1067 y 1068 del de Guatemala, 1082 del de Uruguay, 4105 al 4107 del de México, 1284 del de Veracruz-Llave, y 4105 al 4107 del de Campeche.

SECCIÓN TERCERA

DE LOS EFECTOS DE LA PARTICIÓN

Art. 1068. La partición legalmente hecha confiere á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

Evidente es que una vez hecha la partición de bienes herenciales, el primero de los efectos que debe producir, es el que se consigna en este art. 1068, ó sea el de conferir á cada heredero la propiedad de los bienes que le han sido adjudicados, pues tal precepto es universalmente admitido, y realmente no necesita comentario porque está en la conciencia de todos; sin embargo los herederos deben tener presente que las herencias están sujetas al impuesto de derechos reales, según lo que previene el art. 3.º del Reglamento de 31 de Diciembre de 1881; ya que adquieren tales derechos, por esto mismo contraen la obligación de pagar tal impuesto al Estado, pues admitida la convicción del dominio en que entran por la idea general que de los efectos de la partición se tiene por la expresión de disposiciones varias del derecho histórico, y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no ha de poder alegarse ignorancia de los deberes que con relación á aquellos derechos se contraen.

El Derecho Romano asimilaba la partición á una venta, pues no de otra manera lo trataba en la Ley 25, tít. 2.º, lib. 10 del Digesto y en algunas disposiciones del Código Justinianeo.

El Proyecto de Código de 1882 en su art. 1085, proponía un precepto idéntico al art. 1068 que de nuestro Código comentamos, el cual guarda gran relación con lo que previenen los arts. 348, 1056 al 1067 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 883 del Código de Francia, 1034 del de Italia, 3503 del de la República Argentina, 883 del Belga, 1344 del de Chile, 1073 del de Guatemala, 1113 del de Uruguay, 2158 del de Portugal, 4111 del de México, 3808 de la Baja California, y 4111 del de Campeche; debiendo hacer presente que los

tres últimos Códigos son enteramente iguales en sus preceptos en esta materia al que de nuestro Código nos ocupa.

Según hemos indicado, es tan general la jurisprudencia establecida en el sentido que sustenta nuestro Código, que podrían citarse varias resoluciones en que se sostiene la sana doctrina antes expuesta, siendo entre ellas las más importantes, las Resoluciones de 18 de Marzo y 12 de Mayo de 1875, 7 de Enero de 1881 y 20 de Diciembre de 1883.

Art. 1069. Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados á lo evicción y saneamiento de los bienes adjudicados.

Precepto es este que por lo conocido y casi vulgar no puede comentarse, tanto más cuanto que lo consigna nuestro Código con tal claridad, que no puede dar lugar á duda.

Las leyes 1.ª, tít. 38, lib. 2.º; 14, tít. 36, lib. 3.º del Código Romano, y la Ley 25, tit. 2.º, lib. 20 del Digesto, obligaban también á la evicción mediante fianza recíproca entre los coherederos, y tomada de tales disposiciones sustentó la misma teoría la Ley 9.ª, tít. 15, Part. 6.ª.

Nuestro Código sostiene que son dos los efectos de la partición; la adquisición de la propiedad por parte de cada heredero, de los bienes que se le adjudican en pago de sus haberes, á lo que se refiere el artículo anterior; y la obligación recíproca en que se constituyen los coherederos, de eviccionarse y sanearse los bienes referidos: pero además de esa seguridad que se dan mutuamente de responder de la cosa transferida, y de afianzar y garantir el reparo del daño que pudiera ocasionarse en dichos bienes, la jurisprudencia conceptúa que de la partición nacen también otros dos efectos jurídicos, que son: el de causar estado, y el de extinguir la personalidad de la testamentaría ó del intestato; pero esto, más que efectos inmediatos de la partición independientes de los dos anteriormente expuestos, son verdaderas é inmediatas consecuencias de aquellos, por cuanto es de sindéresis que donde existe una transferencia ó la adquisición de un derecho, desaparece la personalidad jurídica de aquel á quien antes pertenecía, para colocarse en la persona á quien se transfiere; y si la herencia, bajo este punto de vista, ó la entidad testamentaria ó abintestato, constituían una personalidad jurídica, desde el momento en que los bienes que la integran y le dan vida se distribuyen y pasan á las personas de los herederos ó de los legatarios, aquella personalidad constituida por la acumulación de bienes derechos y obligaciones del finado, desaparece como éste por su propia extinción y pasa en parte á cada una de las personas á quienes se adjudican estos bienes y derechos, siendo entonces el heredero el sugeto de derecho con relación á la cosa heredada ó sea al objeto de su derecho: y causa estado el reparto

ó partición de la herencia, por cuanto hecha en forma legal, ultima el asunto no dándose lugar á reclamación alguna sobre el mismo, á no ser que se entablara el recurso de rescisión cuando fuere pertinente.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 917, como el Proyecto de 1882, en su art. 1086, propusieron preceptos iguales al art. 1069 que al presente nos ocupa y que en perfecta relación se encuentra con los arts. 1474, 1475 y 1485 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 884 del Código de Francia, 1035 del de Italia, 874 del Código de Bélgica, 1344 del de Chile, 1421 y 1422 del de Luisiana, 796 del de Vaud, 1129 del de Holanda, 2159 del de Portugal, 3505 del de la República Argentina, 804 del de Nápoles, 1074 del de Guatemala, 1114 del de Uruguay, 4112 del de México, 3809 del de la Baja California, 4112 del de Campeche, y 1285 del de Veracruz-Llave, cuyos cuatro últimos preceptos citados son enteramente iguales al que de nuestro Código comentamos, viéndose en todos ellos la tendencia á que los coherederos garanticense los unos á los otros toda evicción de los objetos que les han correspondido, y de toda perturbación de derecho en el goce pacífico de los mismos objetos, ó de las servidumbres activas cuando la causa de la evicción ó la turbación de la propiedad es de una época anterior á la partición.

Art. 1070. La obligación á que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos:

1.° Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, á no ser que aparezca, ó racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.

2.° Cuando se hubiese practicado expresamente al hacer la partición.

3.° Cuando la evicción proceda de causa posterior á la partición, ó fuere ocasionada por culpa del adjudicatario.

Preceptos varios contiene este artículo de importancia suma todos ellos pero de fácil comprensión: la evicción que recíprocamente se deben los herederos es consecuencia natural de la solidaridad en que permanecieron sus bienes hasta que se hizo su partición y adjudicación, y por ello como en esa masa común tenían interés común también, y aunque formaba un todo que adquiría un nombre independiente de los nombres de los interesados, bien llámesele á esa especie de razón social testamentaria ó abintestato, siendo como eran parte integrante de la entidad jurídica que desaparece con la partición, todos los partícipes en la herencia testamentaria ó abintestato, indudablemente se deben mutuamente dichos partícipes evicción y saneamiento de todo lo que confundirse ó perjudicarse hubiera podido cada una de las cosas respecti-

vamente adjudicadas hasta el día de la adjudicación; pero si el que hace la partición es el mismo testador, evidente es que no pueden tener las mismas responsabilidades aquellos partícipes, por cuanto ese cúmulo de bienes herenciales que hubieran de haber constituído la testamentaria, jamás lo tuvieron en común; y, por lo tanto, no habiendo tránsito perceptible de comunidad desde la muerte del causante á la partición de sus bienes, hecha ya por él mismo, no podía nacer esa obligación de eviccionar y sanear que sólo nace en este caso de los comunes intereses, á no ser que el testador dispusiere lo contrario y dejase las cosas en tales condiciones que, á pesar de la partición por el mismo verificada, hubiere de percibirse una comunidad de intereses que hicieran aparecer tácitamente á los coherederos con el doble carácter de adjudicantes, como partes de la entidad herencia, y adjudicatarios como herederos: pues realmente así como en la compraventa el vendedor es el que se obliga á la evicción y saneamiento por el interés que en la cosa tuvo antes de venderla y porque nadie mejor que él podía y debía conocer los vicios de que la cosa adoleciese y las cargas que sobre la misma gravasen, de la misma manera en la partición de herencia quedan obligados á eviccionarse y sanearse mutuamente los coherederos, porque, interesados todos en la masa común, se sienta la ficción legal de que unos adjudican y transfieren á los otros la participación que en la herencia les correspondió. Mas, por esta misma razón ellos mismos pueden renunciar á esos derechos de evicción y saneamiento, y mediante esa renuncia que mutuamente se hicieren, desaparecen las obligaciones que también mutuamente habían contraído de eviccionar y sanear los bienes transferidos á sus copartícipes. Es más, teniendo verdadera idea de lo que es la evicción, no se necesita explicación para demostrar que cuando la evicción procediere de causa posterior á la partición, no se puede satisfacer, como no se puede satisfacer tampoco cuando el vicio ó gravamen de la cosa fué ocasionado por culpa del mismo adjudicatario, pues éste solamente puede ser responsable de su indolencia ó de su manera de obrar.

Precedentes encontramos en la Ley 77, párrafo 8.°, lib. 31 del Digesto y en la Ley 9.ª, tít. 15, Part. 6.ª, si bien ésta dispensaba únicamente la evicción en las particiones hechas por el padre.

El art. 1070 que comentamos, en relación está con los arts. 677, 1056 y 1058 de este mismo Código; y su primer número conforme se halla con lo que se propuso en los arts. 918 y 919 del Proyecto de Código de 1851, siendo casi idéntico á lo que proponía el art. 1087 del Proyecto de 1882.

Concuerda con el segundo apartado del art. 884 del Código de Francia, con el art. 1035 del Código de Italia, con el 884 del Código de Bélgica también en su segundo apartado, con los arts. 1421 y 1422 del Código de Luisiana, 796 del de Vaud, 1129 del de Holanda, 3511 del de la República Argentina, 1075 del de Guatemala, 1346 del de Chile, 1115 y 1116 del de Uruguay, 2160 del de Portugal, 1286

y 1287 del de Veracruz-Llave, 4113 del de México, 3810 del de la Baja California y 4113 del de Campeche, siendo estos tres últimos códigos iguales sustancialmente hasta en la forma al que de nuestro Código comentamos.

Art. 1071. La obligación recíproca de los coherederos á la evicción es proporcionada á su respectivo haber hereditario; pero, si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado.

Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna.

Envuelve este artículo prescripciones de tal trascendencia, que bien merecen estudiarse con detenimiento, pues esta cuestión y la de si la garantía de los coherederos ha de ser por el valor que tenía la cosa al tiempo de la evicción, se han prestado á las más serias dificultades y han dado lugar á cuestiones árduas que dividida traen la opinión de los más notables publicistas.

Para nosotros es evidente que la obligación recíproca de los coherederos ha de ser proporcionada á la participación que cada uno en la herencia tuvo, por que si de los bienes adjudicados á uno que acciona de evicción y saneamiento, se supone que en el haber común tuvo uno de los coherederos participación en la cuarta parte del haber herencial, y otros dos coherederos percibieron sólo una octava parte de la herencia, evidente es que al primero le corresponde eviccionar y sanear por una parte proporcional á aquella cuarta parte que recibió de la herencia, mientras que cada uno de los otros dos sólo responderá por una parte proporcional á la octava parte que de la herencia recibió: mas pudiera complicarse el caso resultando insolvente uno de los que solamente recibieron la octava parte, y entonces los otros dos coherederos satisfarán lo que al insolvente correspondiérale pagar, no por partes iguales, sino en proporción también de aquellas participaciones que de la herencia percibieron: así es que el que heredó una cuarta parte de la herencia, responderá por sí en proporción del caudal recibido, como el que recibió la octava parte de la herencia, satisfará también por propia obligación la misma cantidad que en relación á su haber herencial le correspondía; mas uno y otro se distribuirán proporcionalmente la cantidad que el insolvente dejó de satisfacer, sin perjuicio de que éstos accionen luego contra el insolvente cuando llegare á mejorar de fortuna.

Un ejemplo podrá aclarar el caso: Si para una herencia de 32,000 duros ó 160,000 ptas. hay 8 herederos, y de ellos 2 heredan una cuarta parte 8,000 duros cada uno (40,000 ptas.), y 6 heredan la octava parte ó sean 4,000 duros (20,000 pesetas), distribuida queda perfectamente la herencia; mas si se le adjudica á uno por participación de la octava parte una cosa tasada en 20,000 ptas., y se



ve en el caso de ejercitar la acción de evicción y de saneamiento, tendrá que responder proporcionalmente á sus haberes ó á las participaciones percibidas, para lo cual, dividiendo las 20,000 ptas. entre los siete restantes coherederos, responderá cada uno de los que recibieron la octava parte por 2857 pesetas 14 céntimos, y cada uno de los que recibieron por su herencia la cuarta parte (ó sean 40,000 ptas.), responderán con 5,714 ptas. 28 cénts., y si alguno de aquellos coherederos que hubieren de responder resultare insolvente, los otros satisfarán por el en la misma proporción, es decir, 476 ptas. 20 cents. cada uno de los que percibieron la octava parte de la herencia, y 952 ptas. 40 cénts. cada uno de los que percibieron la cuarta parte.

Precedentes encontramos en la Ley 2.ª, tit. 22, lib. 8.° del Código Justiniano, y copiado parece el primer apartado del artículo que comentamos, de lo que el Proyecto de 1851 propuso en su art. 920, lo cual transcrito fué al art. 1088 del Proyecto de 1882.

Concuerda con el art. 885 del Código de Francia, con el 1036 del de Italia, con el 885 del de Belgica, 797 del de Vaud, el 1426 del de Luisiana, el 1288 del de Veracruz-Llave, el 1130 del de Holanda, 1347 del de Chile, 3508 del de la República Argentina, 1076 del de Guatemala, 1117 del de Uruguay, 2161 del de Portugal, 4114 del de México, 3811 del de la Baja California, 4114 del de Campeche, y otros varios.

Art. 1072. Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y solo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición.

Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad; pero, si se cobran en todo ó en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos.

Bien se comprende que si un crédito se adjudicó como cobrable, los coherederos no deben responder de cualquier insolvencia posterior del deudor, sino de lo que resultare insolvente al tiempo de hacer la partición; pues los créditos calificados de incobrables no se reparten, ó si llegaren á distribuirse, será con la condición de que ninguno de los coherederos sea responsable al adjudicatario, y de que si éste cobra, se distribuya proporcionalmente lo que se cobrare.

Precedentes tenemos en la Ley 4.ª, tit. 4.°, lib. 18 del Digesto, y el Proyecto de Código de 1851, en su art. 921, propuso preceptos análogos.

El art. 1072 que nos ocupa, está en relación con los arts. 1061 y número 3.° del art. 1070 de este mismo Código, y concuerda con los arts. 886 del Código de Francia, 1037 del de Italia, 886 del de Bélgica, 798 del de Vaud, 1131 del de Ho-

landa, 1427 y 1428 del de Luisiana, 1120 del de Uruguay, 1080 y 1081 del de Guatemala, 3509 del de la República Argentina, 4118 y 4119 del de México, 1289 del de Veracruz-Llave, 3815 y 3816 del de la Baja California, 4118 y 4119 del de Campeche y otros; en todos los que se dispone esencialmente lo mismo que en el nuestro, pero muy principalmente en estos dos últimos; pues en todos se vé la tendencia á que los coherederos se garanticen no sólo la existencia en el dia de la partición de los créditos hereditarios que les han correspondido, sino también la solvencia de los deudores de esos créditos en dicha época de la división.

En cambio algunos publicistas que pretenden comparar estas responsabilidades con las del vendedor, al ver que en Roma el vendedor de un crédito no era responsable de la solvencia del deudor, ni aun al tiempo de la venta, á no ser cuando hubiere dolo ó pacto especial en contrario, eluden afrontar la cuestión en debida forma, y tocándola de soslayo manifiestan que, si bien hay ciertas analogías entre la venta y la partición, no siempre son las mismas sus consecuencias.

SECCIÓN CUARTA

DE LA RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN

Art. 1073. Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones.

Sección es esta, la cuarta, que dará lugar á grandes discusiones, y que no será origen de pocos pleitos; pues la rescisión de la partición, es una excepción á los efectos principales que en general produce esa misma partición, en la que más escollos hemos de encontrar prácticamente.

La partición realizada con arreglo á la ley según los principios más elementales del derecho, debia ser firme y producir efectos jurídicos definitivos causando estado puede no obstante rescindirse, según el art. 1073 de nuestro Código, por las mismas causas que las obligaciones. Los Códigos modernos están conformes en admitir la rescisión de las particiones durante cierto término, por determinadas causas, y una de las que en primer término figura es la lesión en la distribución.

Parece inverosimil que, cuando por practicarse judicialmente la partición, adquirió autoridad de cosa juzgada, y, cuando privativamente se realizó de acuerdo entre todos los interesados por la seriedad y eficacia paccional, debiera respetarse, se admita esa rescisión, mucho más cuando la mayoria de los modernos Códigos niegan la rescisión de los contratos por causas de lesión. Sobre todo habiendo la relación que existe entre las particiones privativas y los

contratos, no se compagina muy bien la rescisión por lesión en más de la cuarta parte á que se refiere el art. 1074, con las prescripciones del art. 1293, preceptuando que ningun contrato se rescinde por lesión. Se comprende perfectamente que, en casos extraordinarios, se rescinda por la existencia de testamento desconocido hasta entonces posterior al que sirvió de base al reparto, ó por otra de esas causas no comunes que alteran la esencia de las cosas, pero no por una supuesta lesión de derecho: y de todos modos, jamás debemos confundir la rescisión con la nulidad hasta el punto de que se introduzcan como causas de rescisión el dolo, la violencia, el fraude, que algunos Códigos señalan; pues la rescisión implica que aquello que se rescinde ha sido alguna vez eficaz y valedero, mientras que lo nulo desde un principio nunca puede ser válido, por más que sea necesario esperar esa declaración de nulidad; y en cuanto á las faltas de procedimiento que le hacen nulo y que dan lugar á rescisión, como expresan algunos otros Códigos, nosotros estamos bien persuadidos de que cumpliendo con la ley de Enjuiciamiento civil, que en esto está terminante, la falta de ciertas diligencias da lugar á la nulidad, y, esa nulidad, el Juez, cumpliendo con la ley y con su conciencia, debe decretarla de oficio, imponiéndose á si mismo las costas, si él hubiera dado lugar á la misma por negligencia ó por impericia.

Precedentes encontramos en las Leyes 3.ª, tit. 38, lib. 3.º del Código Justinianeo; 20, tit. 2.º, lib. 10 del Digesto, y otras disposiciones del libro 31 del mismo Digesto.

El art. 1073 que comentamos en relación está con el art. 1291 del mismo Código y otros de sus concordantes; conviene con lo que el Proyecto de 1851 propuso en su art. 922, que conforme está con lo propuesto en el art. 1090 del Proyecto de 1882; y concuerda con los arts. 887 del Código de Francia, 1038 del Italia, 887 del de Bélgica, 2163 del de Portugal, 803 del de Vaud, 1435 al 1437 del de Luisiana, 1158 del de Holanda, 1348 del de Chile, 3536 del de la República Argentina, 1083 del de Guatemala, 1121 del de Uruguay, 4121 del de México, 3818 del de la Baja California, 4121 del de Campeche y otros.

Art. 1074. Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

Ya hemos dicho anteriormente, que este articulo no está muy conforme con lo que, respecto de los contratos, se preceptúa en el art. 1293 de este mismo Código, y nos sorprende que la lesión en más de la cuarta parte sea causa de rescisión en las particiones y no lo sea en los contratos; así como, admitida la rescisión, estamos conformes en que se atienda al valor que las cosas tenian cuando fueron adjudicadas.

Precedentes encontramos en el derecho Romano y nuestro antiguo derecho patrio, pero entonces se admitia también la rescisión para los contratos. La ley 3.ª, tit. 38, libro 3.º del Código Romano, de *com. utr. jud.*, establecia que la partición hecha extrajudicialmente entre los coherederos mayores de edad, podia rescindirse cuando hubiera mediado fraude ó lesión enorme; y nuestra Ley 2.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación, sólo autorizaba la rescisión cuando hubiera habido lesión *ultra dimidium*, y si la partición se hizo por convenio entre los herederos; mientras que el art. 924 del Proyecto de 1851 propuso los mismos preceptos, que luego copió el Proyecto de 1882, y que consignados se ven en el art. 1074 que de nuestro Código comentamos.

Concuerda con los arts. 887 del Código de Francia, en su segundo apartado; párrafo segundo del art. 1038 del Código de Italia, 803 del de Vaud, 1439 del de Luisiana; segunda parte del art. 1348 del de Chile, 1158 del de Holanda y otros.

Art. 1075. La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos ó de que aparezca, ó racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador.

Todo cede ante el perjuicio que pudiera tener la legitima, y por ello no es de extrañar que cuando éste existiera, pueda impugnarse hasta la partición hecha por el testador mismo; pues los derechos legitimarios ya no son actos puramente expontáneos, meras liberalidades que dependan de la voluntad del causante, sino de la imposición de la ley. De manera, que aqui pudiera decirse que en cuanto se relacione con los herederos extraños no cabe impugnación cuando el reparto se hizo por el testador; pero puede impugnarse por los herederos forzosos en cuanto perjudicada sea la legitima, y en cuanto aparezca ó se deduzca, lógicamente pensando, que aquella disposición no es hija de la voluntad expontánea y libre del testador sino de alguna otra persona que influia y le dictaba sus acuerdos; lo cual es perfectamente justo y coadyuva al sostenimiento de la libertad que debe haber siempre en las acciones de los hombres, y mucho más en la libertad y en la conciencia de las últimas voluntades.

Precedentes encontramos en el derecho Romano y en nuestro antiguo derecho, pues la partición hecha por el testador era tan firme, según la Ley 10, tit. 36, lib. 3.º del Código Justinianeo, y según el Digesto, que ni se rescindia por lesión enorme, á no ser que ante todo no se salvasen las legitimas; aseguradas y no perjudicadas éstas, era irrescindible la partición. Y la ley 9.ª, titulo 15, Part. 6.ª, no autoriza tampoco la acción de rescisión de las particiones hechas por el padre, con lo cual está conforme la Ley 2.ª, tit. 1.º, libro 10 de la Nov. Recop.

El articulo que comentamos está en relación con lo prevenido en los articulos 675, 807 al 809 y 1056 de este mismo Código.

Concuerda con el art. 1122 del Código del Uruguay, con el art. 1291 del Codigo de Veracruz-Llave y otros.

Art. 1076. La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición.

Fijarse debia un plazo, dentro del cual pudiera entablarse la acción rescisoria por causa de lesión enorme, y este Código lo ha prefijado en cuatro años, contados desde el dia en que se hizo la partición.

Más suponen algunos publicistas que duró dicho término entre los romanos, pues algunos lo elevan á veinte años, tanto con relación á las particiones como á los contratos de compra-venta.

En nuestro antiguo derecho patrio, el cuadrienio legal, fué un término del que se habian hecho eco las gentes más ignorantes, hasta el extremo de hacerse vulgar. La Ley 2.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación, conforme está con el precepto que entraña el art. 1076 que de nuestro Código nos ocupa; y la Ley 8.ª, tit. 9.º, Part. 6.ª, ordenaba que, si el que ejercitaba la acción es un menor de edad, los cuatro años debian empezar á contarse desde que dicho menor habia dejado de serlo ó habia llegado á la mayor edad.

El Proyecto de 1851, en su art. 925, como el art. 1092 del Proyecto de 1882, proponian un precepto idéntico.

Concuerda con los arts. 1304 del Código de Francia, si bien en aquel pais se concede un lapso de tiempo de diez años para ejercitar la acción rescisoria; y con los arts. 805 del de Vaud, 1304 del de Bélgica, 1162 del de Holanda, 1451 del de Luisiana, 1124 del de Uruguay y otros.

Art. 1077. El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño ó consentir que se proceda á nueva particion.

La indemnización puede hacerse en numerario ó en la misma cosa en que resultó el perjuicio.

Si se procede á nueva partición, no alcanzará ésta á los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.

Da nuestro Código al heredero demandado opción entre indemnizar el daño que reclama otro de sus coherederos al accionar la rescisión por lesión ó el consentir que se proceda á nueva partición, y en esto el legislador no ha podido mirar el asunto con más benevolencia ni con mejores deseos de solventar cuestiones equitativamente. Es más, como suceder pudiera, que la mayoria de los coherederos hubiesen recibido participaciones proporcionales al total de



la herencia, y que el que demandare fuese el único que hubiere sufrido daño en la cosa adjudicada por lesión en más de la décima parte del valor que se le supuso á la cosa adjudicada, y que el demandado fuese tambien el único que tuviera en su poder cosas que se le hubieren adjudicado por un valor mucho menor del que tenían al realizarse la adjudicación, de aquí el que, el legislador también tendiendo á transigir toda cuestión, haya preceptuado que la indemnización puede hacerse en numerario ó en la misma cosa en que resultó el perjuicio, y sin molestar para nada á los demás coherederos, ni sin que en la nueva partición que llegare á realizarse se mezclen, ni por ella sean molestados, los demás copartícipes no perjudicados ni beneficiados.

Precedentes encontramos en la Ley 2.ª, tit 44, lib. 4.º del Código Justinianeo, en cuanto á los dos primeros apartados del art. 1077 que comentamos, y en la Ley 56, tit. 5.º, Part. 5.ª.

El Proyecto de 1851, en su art. 926, proponía preceptos análogos en los primeros párrafos del artículo que de nuestro Código nos ocupa, y el art. 927 de aquel Proyecto equivalía al último apartado de nuestro artículo; proponiendo lo mismo los arts. 1093 y 1094 del Proyecto de 1882.

Concuerda con los arts. 891 del Código de Francia, 1042 del de Italia, 891 del de Bélgica, 1466 del de Luisiana, 1160 del de Holanda, 1350 del de Chile, 1125 y 1126 del de Uruguay, y otros varios, como el 1294 del Código de Veracruz-Llave.

Art. 1078. No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo ó una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados.

Desde el momento en que el heredero ha enagenado los bienes que se le adjudicaron por su participación en la herencia, ó que parte de ellos se ha transferido por cualquier concepto, no cabe ya utilizar la acción rescisoria por cuanto no puede demostrarse fácilmente ese daño que motive dicha rescisión y en el que se funde la acción que para ello ha de ejercitarse.

El Código de Francia en su art. 892, así lo determina también, preceptuando que: *al heredero que haya enajenado su lote en todo ó en parte, no se le podrá admitir ni intentar siquiera la acción de rescisión por dolo ó violencia, si la enajenación que hizo fuese posterior al descubrimiento del dolo ó á la coacción de la violencia;* mas si bien el Tribunal de casación de aquel país dictó una sentencia en 18 de Febrero de 1851 en la que se decidía que la enajenación verificada por un copartícipe no le impide demandar que se rescinda la partición por causa de lesión, porque supone que el art. 892 relativo es sólo á los casos de dolo ó violencia, otras sentencias del mismo Tribunal, cuales son las de 25 de Enero de 1853 y 9 de Mayo de 1855, resuelven que la doc-

trina anteriormente expuesta se hace extensiva al caso de probarse que al enajenar su lote tenia el copartícipe conocimiento de la lesión.

Concuerda también con el art. 1043 del Código de Italia, 892 del de Bélgica, 1351 del de Chile, 1161 del de Holanda, 1408 del de Colombia y otros.

Art. 1079. La omisión de alguno ó algunos objetos ó valores de la herencia no da lugar á que se rescinda la partición por lesión, sino á que se complete ó adicione con los objetos ó valores omitidos.

Como quiera que la rescisión se funda en el perjuicio de la cosa adjudicada, evidente es que, cuando, lejos de haberse adjudicado algún objeto ó valor de la herencia, éstos se omitieron, no puede darse lugar á la rescisión porque falta una de las condiciones indispensables de esta, es decir, la existencia de la lesión en cosa adjudicada; por ello pues, en vez de rescisión, tiene lugar en este caso todo cuanto tienda á suplir dicha omisión, á completar y adicionar los objetos ó valores omitidos.

Precedentes encontramos en la Ley 20, párrafo 4.°, tit. 2.°, lib. 10 del Digesto, que bajo el epigrafe *De Familiæ erciscundæ* se ocupa de esta materia.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 929, propuso un precepto análogo, y del art. 1096, del Proyecto de 1882 parece tomado el que de nuestro Código comentamos, que en relación está con el art. 1024 del mismo.

Concuerda con el párrafo 3.° del art. 887 del Código de Francia, con el apartado 2.° del art. 1038 del Código de Italia, con los arts. 1435, 1436 y 1439 del de Luisiana, 803 del de Vaud, 1158 del de Holanda, 3349 del de Chile, 2166 del de Portugal, 1089 del de Guatemala, 1228 del de Uruguay, 1297 del de Veracruz-Llave y 1406 del de Colombia.

Art. 1080. La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, á no ser que se pruebe que hubo male fé ó dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.

Los mismos motivos que anteriormente hemos dicho existen para que no se dé lugar á la rescisión cuando acaece el caso del art. 1079, hay en el que al presente nos ocupa para no ejercitarse la acción rescisoria en el caso de preterición de alguno de los herederos sin mala fe ó dolo; por cuanto no habiendo entrega de la cosa no puede haber daño en ella, y no existiendo daño no cabe la rescisión.

El artículo que nos ocupa, está en perfecta relación con los arts. 434 y 1269

de este mismo Código; pues en éste último se determina cuando hay dolo, y en el art. 434 se sustenta la idea de que la buena fe se presume siempre; y que conforme allí y aquí se previene, el que alega mala fe ó dolo para rescindir una partición es el que debe probar su existencia.

Aparte de esto, la preterición no rescinde por sí misma la partición, si bien los coherederos tienen el deber de pagar al preterido su participación correspondiente en proporción á lo que de la herencia hubieren percibido.

Este artículo parece tomado del 1097 del Proyecto de 1882, y concuerda con los arts. 1085 y 1086 del Código de Guatemala, 1121 del de Uruguay, 2165 del de Portugal, 4123 del de México, 3820 del de la Baja California y 4123 del de Campeche, cuyos preceptos son enteramente iguales al que de nuestro Código comentamos.

Art. 1081. La partición hecha con uno á quién se creyó heredero sin serlo, será nula.

Aquí viene perfectamente el Código, diferenciando la rescisión de la nulidad, lo cual está conforme de toda conformidad con lo que al comentar el artículo 1073, hemos nosotros expuesto, pues hemos llamado la atención acerca de las diferencias entre la nulidad y la rescisión, y hemos hecho ver que lo que se rescinde, prueba evidente es que ha tenido fuerza en alguna ocasión, mientras que lo nulo desde un principio, nunca puede tener fuerza ni eficacia; y como en el presente caso la partición se hizo bajo el concepto falso de que uno que no era heredero tenía el carácter de tal, de aquí el que dicha partición nunca pudiera tener validez, y desde el momento en que se descubre tal falsedad, procede hacer la declaración de nulidad, puesto que nula es según la ley la partición, bajo un supuesto falso verificada.

El Proyecto de 1882 en su art. 1098, proponía un precepto análogo, como lo propuso también el art. 930 del Proyecto de Código de 1851; y más de un jurista ha sustentado la misma doctrina.

Concuerda con los arts. 1087 del Código de Guatemala, 1129 del de Uruguay, 4124 del de México, 3821 del de la Baja California, 4124 del de Campeche, 1298 del de Veracruz-Llave, y otros.

SECCIÓN QUINTA

DEL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS

Art. 1082. Los acreedores reconocidos como tales, podrán oponerse á que se lleve á efecto la partición de la herencia hasta que se les pague ó afiance el importe de sus créditos.

Dos distintas clases de créditos pueden conceptuarse comprendidas en esta sección quinta que trata del pago de las deudas hereditarias, pues estas deudas pueden ser, ó bien las contraidas por el testador, ó bien las que contrajese la entidad conocida bajo el nombre de herencia; comprendiéndose asi mismo en esta sección el estudio de las deudas contraidas por cada uno de los herederos: cuyas deudas, como se comprende perfectamente, afectan, unas al caudal hereditario en masa, y otras á cada una de las porciones correspondientes á los respectivos coherederos.

El art. 1082, primero que de esta sección nos ocupa, puede referirse lo mismo á una clase de deudas que á otras, mas indudablemente si se estudia con detención, no podemos menos de convencernos de que se refiere á los créditos contra la masa común de la herencia, bien por las deudas contraidas por el testador, bien por la misma herencia antes de verificarse la partición, pues sólo los acreedores reconocidos como tales pueden oponerse á que se lleve á efecto la partición hasta que se les pague ó se les afiance el importe de sus créditos. Y esto es natural y lógico, en primer lugar, porque en toda testamentaria debe hacerse un cúmulo general de bienes de derechos y de obligaciones, para que, realizada la correspondiente liquidación, se vea claramente cual es el debe y el haber de esa herencia que ha de distribuirse; y como no puede haber cantidades liquidas positivas en las herencias, sin que se deduzcan las deudas, que son para los herederos cantidades negativas, de aqui el que, racionalmente pensando, aunque la ley no lo determinase asi, no puede verificarse la partición de los bienes herenciales, mientras no se paguen en primer término las deudas del testador y de la herencia, y en segundo lugar los legados, que son verdaderas deudas impuestas por el testador contra los herederos.

Precedentes encontramos en el art. 913 del Proyecto de Código de 1851, y en el 1099 del Proyecto de 1882; y en relación está con los arts 403, 1027 al 1032 de este mismo Código; y tiene alguna analogia con el 1093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se previene que: *cuando se haya promovido el juicio á instancia de uno ó más acreedores, no se hará la entrega de los bienes á ninguno de los herederos ó legatarios sin estar aquellos enteramente pagados ó garantidos á su satisfacción.*

Concuerda con el art. 1299 del Código de Veracruz-Llave, 4099 y 4100 del de México, 3780 y 3784 del de la Baja California, 4099 y 4100 del de Campeche, 1286 y 1354 del de Chile, 870 al 882 del de Francia, 1147 del de Holanda, 870 al 882 del de Bélgica, 1343 y 1411 del de Colombia, 1061 del de Guatemala, y otros.

Art. 1083. Los acreedores de uno ó más herederos podrán intervenir á su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude ó perjuicio de sus derechos.

Entra ya este artículo á ocuparse de las deudas que propias y exclusivas son de cada uno de los coherederos, y en este caso sus acreedores ya no pueden entorpecer la partición, sino que únicamente tienen facultad de intervenir en ella para evitar que se les defraude ó perjudique en sus derechos; y tanto es así, que ya al tratar de la aceptación y repudiación de la herencia, expusimos que los acreedores de aquel heredero que repudiase una herencia, podrían comparecer en ella reclamando su aceptación tan sólo hasta donde alcanzase su referido crédito, volviendo el resto á la herencia en virtud de dicha renuncia, sin que ningún derecho contra la misma pudieran ya ejercitar ni el heredero renunciante ni los acreedores satisfechos, ni tampoco estos se obligasen en manera alguna á la satisfacción de las cargas que sobre la referida herencia pudieran pesar.

Parece tomado el artículo que de nuestro Código nos ocupa, de la segunda parte del art. 913 del Proyecto de Código de 1851, con el que conforme está cuanto propuso el art. 1100 del Proyecto de 1882.

Concuerda con el art. 882 del Código de Francia, 1032 del de Italia, 882 del de Bélgica, 2118 del de Portugal, 1130 del de Uruguay, y otros.

Art. 1084. Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de sus herederos que no hubiere aceptado la herencia á beneficio de inventario, ó hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

En uno y otro caso el demandado tendrá derecho á hacer citar y emplazar á sus coherederos, á menos que por disposición del testador, ó á consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

Este artículo se refiere ya á las deudas puramente herenciales, no en manera alguna á las particulares de cada uno de los coherederos á que se refiere el anterior artículo; y natural y justo es que los acreedores que acudan á cobrar los créditos que contra la herencia tuvieren después de hecha la partición, tengan derecho de dirigirse contra cualquiera de los coherederos por la totalidad del crédito, si la herencia no la hubiere aceptado á beneficio de inventario, y sólo hasta donde alcance su posición hereditaria cuando la aceptación se hubiese hecho á beneficio de inventario. Es una obligación solidaria de la cuál todos los coherederos tienen que responder; si bien los que tuvieren la precaución de aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, no harán extensiva dicha responsabilidad á sus bienes propios, sino que quedará limitada á la porción que del caudal hereditario recibieren.

Pero de todos modos, el heredero que se vea demandado por un acreedor de la herencia, (responda sólo con la porción hereditaria que se le adjudique, ó responda también con sus propios bienes, por haber aceptado la herencia, pura ó simplemente), tiene perfecto derecho de hacer que se cite y emplace á los demás coherederos, en virtud de tal demanda, á no ser que por disposición del testador, ó por razón de lo pactado al realizar la partición, precisamente el demandado quedase exclusivamente obligado al pago de dicha deuda; lo cual se comprende perfectamente, pues si ya preveyendo el caso, cargó uno con el pago, en virtud de compensaciones establecidas, ó por otras causas, tenía que encontrarse el caso fuera de la regla general, y reducirse á lo pactado entre los coherederos ó á cumplir la obligación impuesta por el testador cuya voluntad hemos dicho ya es la suprema ley para estos asuntos, en cuanto no se oponga á la ley natural, á la ley positiva y á las buenas costumbres.

No hemos de citar precedentes aludiendo á leyes del Digesto y del Código Justinianeo, que disponen lo contrario que nuestro Código preceptúa; por cuanto la herencia en aquella época, y muy especialmente en aquel país, tenía un carácter enteramente contrario al que hoy domina en las sucesiones tanto testadas como intestadas, en todos los pueblos cultos.

El Proyecto de 1851 en su art. 932, propuso un precepto idéntico que reproducido fué en el art. 1101 del Proyecto de 1882; y ya el Tribunal Supremo de Justicia en varias sentencias, entre otras la de 25 de Septiembre de 1861, sentó la doctrina de que desde el momento en que se dividen y adjudican los bienes de una testamentaría, deja ésta de existir, para los efectos del pago de deudas, puesto que con tales operaciones se extingue su personalidad jurídica, y la obligación de solventar deudas, se convierte, de colectiva, en individual en los coherederos, como si expresamente así se hubiera pactado.

El art. 1084 que de nuestro Código comentamos tiene relación con los artículos 1003, 1023, 1029, 1030, 1069 al 1071, 1137 y 1144 de este mismo Código; y concuerda con los art. 870 y 873 del Código de Francia, 1027 y 1029 del de Italia, 787 del de Vaud, 1354 del de Chile, 2115 del de Portugal, 1130 del de Uruguay, 3485 del de la República Argentina, y otros.

Art. 1085. El coheredero que hubiere pagado más de lo que le corresponda á su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional.

Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria ó consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogádole en su lugar.

Evidente es que cualquier coheredero que hubiere pagado más de lo que le correspondia á su participación en la herencia, puede reclamar de los demás su parte proporcional, puesto que las deudas de la herencia, si bien solidariamente han de satisfacerse por todos y cada uno de los coherederos, es con la reserva del reintegro al que efectuó ese pago, realizándose ese reintegro proporcionalmente à lo percibido por cada uno de los coherederos; pues si esa deuda se hubiera reclamado cuando la herencia estaba sin partir, al satisfacerla hubiérase disminuido la masa herencial, y aquella disminución hubiera causado una menor porción al distribuir la herencia entre los coherederos; y hecha ya esta partición, tienen que pagar cada participe aquello que precisamente hubiera cobrado de más.

Por ello, pues, si un heredero paga al efecto lo que realmente no corresponde á lo que de la herencia tiene recibido, ya porque el acreedor contra él únicamente dirigió la demanda, y tuvo que pagar en virtud de ella, la totalidad de la deuda, ya porque, siendo deuda hipotecaria, tuviere en su poder la finca hipotecada, le compete la acción y el derecho de dirigirse contra los demás coherederos, al objeto de que le reintegren lo satisfecho en proporción á la parte que cada uno hubiere recibido de la herencia.

Precedentes encontramos en la Ley 11, párrafo 23, lib. 32 del Digesto, y en relación está con los artículos 1069 al 1071 de este mismo Código que comentamos.

El Proyecto de Código de 1851 en su art. 933, y el de 1882 en su art. 1102, propusieron preceptos análogos.

Concuerda con los arts. 875 del Código de Francia, 1030 del de Italia, 875 del de Bélgica, 2123 del de Portugal, 1334 del de Luisiana, 1149 del de Holanda; 1358 del de Chile, 1138 del de Uruguay, 3498 del de la República Argentina, y otros varios. El Código de Portugal preceptúa que el coheredero que por efecto de hipoteca, cuya carga no fuese descontada, pagase más de lo que correspondiese en el dividendo común, sólo tendrá acción contra los otros coherederos por la parte que á cada uno de ellos alcanzase, en proporción de su cuota hereditaria, aun cuando el coheredero que hubiera pagado se hubiere hecho subrogar en los derechos del acreedor. En caso de insolvencia de alguno de los coherederos, se repartirá proporcionalmente su parte entre todos, si al tiempo de la partición era desconocida la carga, ó puesta en duda su existencia. Y en todos los códigos modernos se ve la tendencia á la proporcionalidad en el pago definitivo de la deuda entre los coherederos, sin que la cesión de acciones que el acreedor hiciera en favor del heredero que la paga, ni la subrogación de derechos que quisiera establecerse contra el heredero pagador y el acreedor, sea motivo bastante para que dicho heredero pueda pedir, como el acreedor, á cualquiera de los coherederos la totalidad de lo abonado, sino á todos la parte proporcional que les corresponda.



Art. 1086. Estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta ó carga real perpétua, no se procederá á su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordare.

No acordándolo así, ó siendo la carga irredimible, se rebajará su valor ó capital del de la finca, y ésta pasará con la carga al que le toque en lote ó por adjudicación.

Siéntase en el primer apartado de este artículo la regla general de que la herencia no debe redimir las rentas ó cargas reales perpétuas á que estuviere afecta alguna de las fincas de la misma, porque la misión de los albaceas no es otra que la de pagar las deudas, satisfacer los legados y entregar las participaciones herenciales á cada uno de los herederos, ni los partidores tienen el deber de modificar el estado de las cosas, sino simplemente el de hacer una equitativa y justa división, teniendo en cuenta el estado, valor, cargas y rentas de todas y cada una de las fincas sometidas á la división; pero si la mayoría de los coherederos acordare la extinción de aquellas cargas, se acordará inmediatamente, siendo redimible.

El art. 1086 que comentamos, en relación está con los arts. 1058, 1061, 1062 y 1604 al 1688 de este mismo Código; y concuerda con los arts. 872 del Código de Francia, 1028 del de Italia, 872 del de Bélgica, 1148 del de Holanda, 2121 del de Portugal, 1138 del del Uruguay, 1365 del de Chile, y otros varios.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 935, como el art. 1103 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos; y en todos los Códigos modernos se observa que cuando algunos inmuebles de una herencia están gravados en sus rentas por hipoteca especial, cada uno de los coherederos puede exigir que se paguen los capitales de las rentas, y se dejen libres los bienes inmuebles antes que se proceda á la formación de las hijuelas; mas si los coherederos dividen la herencia en el estado en que se encuentra, el inmueble gravado debe tasarse como los demás bienes inmuebles, haciendo la deducción del capital de la renta sobre el precio total, y el heredero en cuya hijuela corresponda tal inmueble, queda él solo gravado con el pago de la renta y debe garantir el descargo de ella á sus coherederos.

Art. 1087. El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo establecido en la sección 5.ª, capítulo 6.º de este título.

Establécese aquí una regla que al principio parece confusa, pero que á poco que sobre la misma se medite no es de difícil comprensión.

Es evidente que el coheredero de una determinada persona, que reune al propio tiempo el carácter de acreedor de su causante, puede reclamar el pago de su crédito; pero si ese pago se reclama cuando ya está hecha la partición, como es uno de tantos coherederos obligados solidariamente al pago de esas deudas que no se hayan satisfecho cuando estuviese acumulado el caudal hereditario, ha de empezar por deducir la parte proporcional que como coheredero ha de corresponder satisfacer, sin perjuicio de lo establecido en esta sección quinta, que es á la que se refiere la última parte de este artículo 1087.

El Proyecto de Código de 1881, en su art. 930, como el 1101 del Proyecto de 1882, propusieron preceptos análogos: y concuerda con los arts. 1133 del Código de Uruguay, 790 del de Vaud, 1357 del de Chile, 1378 del de Luisiana, viéndose sentada la jurisprudencia conveniente en las Sentencias de 29 de Septiembre de 1858, 7 y 22 de Diciembre de 1860, 21 de Julio de 1869, etc., y teniendo perfecta relación el art. 1087 que comentamos con los arts. 1023 al 1032 de este mismo Código.

Concuerda con los arts. 1357 del Código de Chile, 1414 del de Colombia y otros varios Códigos extranjeros.

DE LAS SUCESIONES ANTE EL DERECHO FORAL

ARAGÓN

Las disposiciones generales del título 3.°, libro 2.° de este Código civil, comprendidas en los artículos 657 al 661 inclusive, del mismo, no difieren en lo más mínimo de las disposiciones generales que referentes á la materia de sucesiones rigen en Aragón, donde también se transfiere la herencia ó se sucede á una persona, parte por voluntad del hombre y parte por disposición de la ley, según la Observancia 5.ª de *Testamentis*, pues no otra cosa significa el precepto de dicha Observancia de que cualquiera puede morir en parte testado y en parte intestado.

Tienen capacidad para testar, según fuero, los mayores de 14 años, sean varones ó hembras, padres ó hijos de familia, los ciegos, sordomudos y los pródigos (no siendo locos ó insensatos) siempre que puedan manifestar su voluntad. El marido y mujer pueden otorgar juntos un testamento con arreglo á lo preceptuado en la Observancia 1.ª de *Testamentis*.

Los furiosos no pueden hacer testamento en Aragón, pudiendo presentar el que alegue la nulidad del testamento por ser furioso el testador, además del testimonio de los testigos y Notario que intervinieron en el testamento, el de cualesquiera otros. (Obs. 11 de *probat*.

En Aragón, no es requisito indispensable para la validez de un testamento la unidad del acto, toda vez que puede hacerse con muchos intervalos, según preceptúa la Observancia 10 de *Testamentis*; pero si estando comenzado el testamento el testador perdiera el juicio, será nulo todo lo que hubiera dispuesto según expresa Lissa, en su libro 2.º, título 10; lo que no nos parece muy lógico si se tiene en cuenta la Observancia 5.ª, antes citada, que contiene el principio de poder morir parte testado y parte intestado, y una decisión citada por Sessé que resuelve que: cuando el testador habiendo hecho ante Notario y testigos su última disposición completa se volviese loco antes de firmarlo y luego muriese, su testamento será válido.

Defínese el testamento en Aragón la manifestación que, con arreglo á Fuero, hace uno de su última voluntad disponiendo de las cosas que le pertenecen para después de sus días; no siendo necesaria para su validez la institución de heredero y pudiendo encargarse la confección de dicho testamento á tercera persona, según sostienen Portoles y Sessé.

Cuando se encuentren dos ó mas testamentos subsiste el de fecha más reciente, á pesar de cualesquiera cláusulas y juramentos que contengan los anteriores, según la Observancia 2.ª de *Testamentis*. No obstante este precepto, están divididos los tratadistas aragoneses, habiendo algunos que sostienen que el testamento posterior no derrogará el anterior con cláusula derrogatoria si en aquél no se contiene esta cláusula; mas nosotros nos inclinamos á creer que son insostenibles ciertas teorías cuando éstas se fundan en precedentes extraños y cuando preceptos propios tan claros proclaman las contrarias.

Portolés sostiene que si el testamento posterior fuere cerrado y el testador lo hubiera inutilizado ó recogido de poder del Notario, quedará válido el testamento anterior; y que para que el posterior revoque el anterior debe tener todas las solemnidades que exigen los Fueros.

El testamento, en Aragón, puede ser verbal, abierto ó nuncupativo y cerrado. El nuncupativo, llamado también verbal y abierto, es el que se otorga ante notario y dos testigos ó ante el Párroco y dos testigos. *(De foro sufficiunt in testamento duo testes.* Obs. 11 de *Test.)* Cuando el testamento se haga ante Notario debe éste reducir á escritura la disposición del testador, leyéndola en alta voz en presencia de éste y los testigos, rogándolos al efecto y firmándola unos y otro, siendo también eficaz el testamento otorgado declarando de viva voz su voluntad el testador ante el Notario y los dos testigos falleciendo acto seguido á la enfermedad, sin que obste el no haberse reducido solemnemente á escritura para que surta sus efectos desde la muerte del testador.

Las mismas solemnidades que en el otorgado ante Notario deben observarse en el testamento que se haga ante el Párraco y dos testigos, produciendo sólo sus efectos cuando no haya Notario en el lugar que pudiera autorizarlo ó cuando no pueda aguardarse su llegada por hallarse el testador en grave riesgo

de morir. (Fuero 1.º de *Tutoribus* y 1.º, 2.º y 3.º de *Testam*). *Aliter enim nemo potest hunch extraordinarium testandi modum eligere saltem in hoc regno*, dice Lissa; de lo que infiere Molino que por ser extraordinario no valdrá dicho testamento, si se hace en lugar donde con facilidad hubiera podido actuar el Notario. *(Item quod dictum testamentum nuncupativum non sit factum in loco ubi potuit copia notarii haberi: nam tunc non valeret.)* Es asimismo indispensable para que el testamento otorgado ante el Párraco en las circunstancias que se acaban de expresar surta sus efectos, que se eleve á acto público por medio de la adveración en la siguiente forma: El Párroco y testigos que intervinieron en el testamento lo presentan delante de las puertas de la iglesia parroquial, ante el Juez ordinario de la población, que debe estar acompañado de un Notario y dos testigos. El Juez, abierto el libro de los Evangelios manda que se lea á presencia de todos la disposición testamentaria y después de jurar Párroco y testigos, que es la verdadera voluntad del testador, y que éste les rogó dieran testimonio de ella, el Notario levanta acta de todo insertando en ella la referida disposición, firmándola todos los presentes.

La adveración se hace á solicitud de cualquier interesado en la sucesión ó de los albaceas; y si bien en el Fuero no se fija tiempo, opinan los tratadistas debe procurarse cuanto antes, con objeto de evitar que no pudiera adverarse por el fallecimiento de alguno de los testigos ó Parroco.

Para la adveración no es necesario que se citen los herederos *ab intestato*, según la Observancia 9.ª de *Test.*: siendo nula la que se hiciera ante Juez eclesiástico, conforme preceptúa la Obs. 19 de *fide inetrum*: *quod non est adveratum secundum forum, et sic non prodest talis adveratio*. No obstante de haber sido adverado un testamento puede redargüirse de falso, (Obs. 8 de Test. y 25 de *Fide instrum)*, y en este caso deberá confirmarse el tal testamento mediante lectura que del mismo se haga en la puerta de la Iglesia «á presencia de los que lo impugnan, de la Justicia y de hombres buenos del lugar», después de la cual los testigos que intervinieron en él, testificarán y jurarán que lo que se acaba de leer es la verdadera disposición del testador de la que los constituyó testigos; con lo cual queda confirmado para siempre el testamento (F. F. 1.º y 2.º de *Testamentis*). Según la Observancia 15 de *Probat*, los instrumentos redargüidos de falsos deben ser adverados por cuantos testigos intervinieron. El termino para la confirmación es de un año y un día, desde que se redarguyó de falso.

Por costumbre Aragonesa, los enfermos del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, pueden hacer testamento abierto ante cualquier capellán del establecimiento y dos testigos, cuyo testamento surte todos sus efectos, según opinión de los tratadistas de derecho Aragonés, entre ellos Portoles y Lissa.

Para toda clase de testamentos bastan dos testigos en Aragón, pudien-

do serlo el legatario; y según el F. 1.° de *Tutoribus*, hasta la mujer puede ser testigo en el testamento nuncupativo hecho ante el Párroco; previniéndose en el propio Fuero y Obs. 26 de General *privil.* que en el testamento otorgado en despoblado deben observarse las mismas solemnidades que en el que se hace en alguna población, pero á falta de testigos pueden serlo dos muchachos que hayan cumplido siete años, y en su defecto, bastarán el capellán que lo recibió y una mujer de buena fama.

Según la opinión de varios tratadistas, entre ellos Portoles, Sessé, Franco y Guillén, es práctica observada en Aragón que el testador puede encargar á una tercera persona la confección del testamento, apoyándolo los últimos en el principio de estar á lo que dice el instrumento, *stamus chartæ*. Mas como esto está en abierta contradicción con lo que se previene en el art. 670 de nuestro Código civil vigente, y como este Código, según su art. 13, rige en Aragón, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales ó consuetudinarias que estén vigentes, se suscita la duda de si un testamento, cuya confección se haya encargado á un tercero otorgado después de la promulgación del Código, tendrá su validez apoyado en el precepto del referido art. 13. Desde luego diremos que, si lo que es opinión de tratadistas se hallase sancionado por el Fuero ó por las Observancias, ratificación de las antiguas costumbres Aragonesas, la resolución no ofrecería la menor duda, habida cuenta de lo que preceptúa dicho art. 13; pero como hoy no pasa de ser una opinión que, por más que algún autor como Portoles asegura que está muy recibida en la práctica, esto mismo no confirma sea una costumbre generalmente admitida, que por otra parte puede haber caido en desuso, creemos que si bien podrá dar lugar á controversias, si estuviéramos llamados á resolverlas nos decidiríamos en declarar la nulidad de tal testamento apoyados en el precitado art. 670 del Código, por la razón antes expuesta de no ser más que opinión de algunos tratadistas la doctrina contraria al propio artículo, que por más que alguno diga es recibida en la práctica, no la consideramos de observancia bastante para estimarla cuando menos como derecho consuetudinario vigente, antes al contrario, que la creemos en desuso, sin duda alguna por los fraudes á que se prestaba, y no puede prevalecer contra lo que tan lógica y acertadamente determina el art. 670 ya citado de nuestro Código.

El testamento cerrado, llamado también escrito, se otorga escribiendo el testador su disposición, ó firmándola si da á otro encargo de que la escriba, y, cerrando el pliego que la contenga, lo entrega al Notario á presencia de dos testigos, los que junto con el Notario y el testador firman en la carpeta.

Existe además la cédula testamentaria por Fuero de 1678, cuando el testador declara que quiere que sea su testamento el papel ó escritura que se hallara en tal lugar ó en poder de tal persona con las señales que indica.

Respecto del testamento militar en Aragón, nada hemos de decir, por cuan-

to si bien en dicho reino se conoció aquella disposición testamentaria, y no pudo menos de dársele el carácter privilegiado que á las últimas voluntades de los militares se les daba en lo antiguo, facultándoles para disponer de sus bienes por causa de muerte sin las solemnidades necesarias en los testamentos comunes, y siendo suficiente para su validez el que constase de cualquier modo su voluntad, como quiera que al presente, ni Aragón ni ninguno de los antiguos reinos que componian la antigua nacionalidad española, sostienen su independencia, evidente es que los militares españoles hoy, cualquiera que sea su situación, tienen que someterse como tales á las disposiciones generales del reino, y desde luego á las de nuestro Código Civil.

Conócese también en Aragón el testamento mancomunado entre marido y mujer, cuyas formalidades externas no difieren de las de los demás testamentos, escepción hecha del acto de revocación, que debe ser de mútuo acuerdo: el sobreviviente, empero, de dichos cónyuges, puede mudar su voluntad en cuanto á sus bienes, de conformidad á lo que establece la Observancia 1.ª de *testam. superstes quatenus tangit bona sua potest illud mutare*; como preceptúa tambien dicho Observancia que: *secus si alter eorum tantum disponat seu testetur, et alter non loquatur seu testetur, sed consentiat dispositioni seu testamento facto per alium, quia tunc consentiens non potest contravenire*; ó sea, que si uno de los conyuges hizo testamento y el otro consintió su disposición, no puede ya separarse de ella; consentimiento que para que surta sus efectos, opina Portolés, debe ser expreso.

Respecto al testamento por Comisario, que parece deducirse de la Observancia 1.ª de *testam., sed consentiat dispositioni sen testamento facto per alium*; cuya doctrina siguen para apoyar la afirmativa de la existencia de tal testamento Portolés (Instrum. 83), Sessé (Dec. 231, n.º 13) y Franco y Guillén (Art. 375, nota), hay diversidad de pareceres, toda vez que á tal afirmativa, contesta Molino negativamente: *qui hoc gravisimis fundamentis prosequitur; quorum precipuum est, quia testamentum est voluntatis nostræ justa, etc..... Et implicat contradictionem cum imposibile sit quod voluntas unius sit voluntas alterius.*

El Codicilo no se distingue del testamento, en Aragón, por otorgarse ambos con las mismas formalidades, con la salvedad, empero, en cuanto á los efectos, que asi como en los testamentos el posterior deroga al anterior, para que esto tenga lugar en los codicilos, es preciso que así se exprese en ellos, de lo contrario subsisten ambos.

Sentencias varias podriamos citar que demuestran la especialidad del Derecho Foral de Aragón, en cuanto á sucesiones, pero, á fin de no hacer tan voluminoso este tercer tomo, nos limitaremos á consignar el siguiente fallo, que abarca varios extremos dignos de conocerse.

Testamentos y capitulaciones matrimoniales en Aragón.— *(Condiciones, póstumos, viudedad).*—Caducidad de la institución de heredero con condición por incumplimiento de ésta: el nacimiento de un póstumo, rompe y anula el testamento en que se le hubiere preterido: el cónyuge supérstite que pasa á segundas nupcias, pierde el usufructo de viudedad estimumulada con el premuerto.

(29 *Diciembre de* 1886).—En las capitulaciones matrimoniales que celebraron, los esposos D. Juan Suarez y D.ª Antonia Fontana, hicieron constar, entre otras cláusulas, que los contrayentes se pactaban y concedian viudedad recíproca y usufructo universal, el uno en los bienes del otro. Colocado en peligro de muerte, el marido Suárez, testó dejando á sus dos hijas nacidas y á cualquiera otra persona que pretendiera derechos á sus bienes, los cinco sueldos jaqueses por muebles, y otros cinco por sitios, según derecho de Aragón, y nombrando á su mujer dueña, señora y heredera fideicomisaria durante su vida, sin que nadie pudiera oponerse: facultaba á ésta para pasar á segunda nupcias, siempre que su enlace fuese aprobado por los dos parientes de la misma más cercanos, varones y de mayor edad, y la instruia sobre el nombramiento de heredera que deberia hacer en una de las dos hijas, dando colocación á la otra.

La mayor de ellas, llegado el caso de las segundas nupcias de su madre, la demandó después de haberla requerido, sin resultado, á que dimitiese la herencia por no haber obtenido la abrobación á su enlace de que se deja hecho mérito; y pidió que se declarase roto y nulo el testamento por no haber hecho mención siquiera de una hija póstuma, cuyo nacimiento debia presumirse por el estado de preñez en que á la sazón se hallaba la mujer del testador.

Opuso la demandada en cuanto á lo primero las palabras del testador, de que nadie pudiera oponerse á su carácter de heredera, y en cuanto á los efectos del nacimiento de la póstuma, falta de personalidad en la demandante. La Audiencia de Zaragoza, dictó sentencia revocatoria de la del inferior, estimando la demanda, contra cuyo fallo se interpuso recurso de casación, en apoyo del cual se citan como infringidos; la Ley 5.ª, tit. 33, Part. 7.ª, la 20, tit. 1.º, Part. 5.ª, el fuero de *testamentis civium*, según el cual pueden en Aragón instituir los padres por heredero á uno de sus hijos, señalando á los demás lo que quisieren; la Observancia 5.ª de *testamentis*, libro 5.º, por la que puede cualquiera morir parte testado y parte intestado; y por último, aun suponiendo que el testamento fuese nulo, la Ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Novisima Recopilación, porque en tal caso siempre quedarian subsistentes las capitulaciones matrimoniales, por las que la recurrente tiene derecho al usufrucro universal de todos los bienes, y no habria lugar á que los devolviese, como ordena el fallo. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar á su casación.

Considerando que la inteligencia natural y llana de las palabras del testa-



mento de D. Juan Suárez, en cuanto á la institución de dueña, señora y heredera fideicomisa, á favor de su mujer D.ª Antonia Fontana, es que tal institución quedaba condicionada en caso de pasar la Fontana á otras nupcias de que su enlace mereciese la aprobación de los dos parientes de la misma más cercanos, varones y de mayor edad, que, por lo tanto, al estimarlo así la sentencia recurrida y condenar á los esposos Lizabe y Fontana á dimitir los bienes de la herencia de Suárez con los frutos, desde el dia de su matrimonio, celebrado sin la aprobación de los mencionados parientes, no infringe la Ley 5.ª, tit. 33, Part. 7.ª, sobre la inteligencia de las palabras de los testamentos, ni la Observancia 5.ª de *testamentis*, según la cual se puede morir parte testado y parte intestado, citada en el supuesto de que la expresada institución fideicomisaria fué pura de toda condición.

Considerando que la institución de heredera debe hacerse ciertamente de modo que se muestre clara la voluntad del testador, y que no habiéndolo manifestado así para la hija póstuma D.ª Elena Suárez, ni aún en el concepto de dejarle la legitima foral, y preterida, por lo tanto dicha hija, según declara la sentencia, no infringe ésta la Ley 20, tit. 1.°, Part. 6.ª, que precisamente determina que los póstumos quebrantan los testamentos de sus padres en que no hubieren sido establecidos por herederos, ni tampoco el Fuero *De testamentis civium*, que permite á los ciudadanos de Aragón dejar á uno de sus hijos la universal herencia, señalando á los demás lo que quisieren de la misma.

Considerando que el el usufructo que en el contrato de capítulos matrimoniales se concedieron mutuamente los esposos Suárez y Fontana, fué el de viudedad, y por lo tanto que la sentencia, al condenar á la superviviente á restituir los bienes por la razón de haber pasado á otras nupcias sin cumplir la condición impuesta por el testador, no infringe aquel contrato, ni menos la Ley 1.ª, tit. 1.°, lib. 10 de la Novisima Recopilación, que sanciona la validez de los pactos licitos con independencia de su forma. (Sala 1.ª — Sentencia 29 de Diciembre de 1885.—*Gaceta* 16 de Mayo de 1887, p. 120.

De la institucion de heredero y obligaciones de éste, y de la desheredación ante el Derecho Foral

ARAGÓN

En aquel país, se puede dejar y quitar la herencia en testamento, y en codicilo, según ya hemos indicado.

La institución de heredero no es necesaria para la validez del testamento. El testador, de cualquier condición que sea, si tiene hijos legítimos, está facultado para instituir heredero á uno de ellos, dejando á los demás la porción de bienes que le parezca, según el Fuero 1.° de *Testamentis, etc., etc.*; y según el

Fuero único de *Testamentis civium, etc., etc.*, y la Observancia 1.ª de *natis ex damnato coitu*, ni el hijo adulterino, ni el de religioso ó presbitero, pueden ser instituidos herederos por sus padres, ni conseguir parte alguna de sus bienes. Pero el abuelo, no teniendo sucesores legítimos, puede instituir heredero al nieto nacido ilegitimamente de su legítimo hijo.

El hijo natural no puede ser instituido heredero por su padre sino en falta de sucesores legítimos.

Cualquiera puede confiar la institución de heredero á una tercera persona.

La posesión y dominio de la herencia, según el Fuero 30 de *Aphrensionibus*, se trasmiten y continuan en el heredero sin acto alguno. de modo que aunque una tercera persona haya ocupado y esté poseyendo todos ó parte de los bienes que la componen, esta posesión no le aprovechará, ni aún en el juicio posesorio, contra el que en calidad de heredero los reclame. No obstante, cuando sin contradición alguna por parte del que pretende tener derecho á los bienes los poseyese por un año contado desde que se supo públicamente en el pueblo donde estaban sitos á la muerte de su último poseedor legítimo, el tercer poseedor será amparado en la posesión en el juicio sumarisimo y hasta que en el petitorio ú ordinario se decida á quien pertenece la propiedad.

El heredero sucede siempre con beneficio de inventario, aunque no lo haga, según la Observancia 12 de *Testamentis*. De lo que se deduce: que no está obligado á más de lo que alcance la herencia; que no se confunden los bienes del difunto y del heredero; y por consiguiente, que siendo éste acreedor de aquél, podrá deducir su crédito en el orden que le corresponda y reintegrarse como los demás acreedores; y que aún cuando uno no haya llegado á adir la herencia que se le ha dejado puramente, la trasmitirá á sus herederos. Cuyas deducciones, en extremo lógicas, vinieron á sentarse como doctrina entre otras, en una decisión de la Real Audiencia de Zaragoza, con fecha de 1570.

El heredero ó sucesor universal por título lucrativo, está obligado á pagar las deudas del difunto con todos los bienes que constituyan su herencia, sin que le pueda servir de pretexto el haberlos enagenado ó consumido: según el Fuero único *De his qui in fraud. credit, etc., etc.* Y de conformidad con los Fueros 1.º de *Haered fidejusor*, único de *Haered furum.*, y la Observancia 24 de *General. privit. etc., etc.*, el heredero testamentario ó intestado del ladrón ó malhechor está obligado á la indemnización de todos los perjuicios que hubiera ocasionado su causante, ó en caso contrario á desamparar la herencia.

Preciso es para que uno pueda ser reputado heredero, probar que está en su poder la herencia, la cual llegó á adir expresamente, ó que se mezcló en ella con actos propios de heredero.

El hijo ó hija pierde el derecho hereditario, según previene el Fuero 2.º de *Exheredat. filior*, cuando hubiera herido ó maltratado á sus padres; cuando sea causa de que estos pierdan sus bienes; cuando en público los haya tratado

de embusteros; cuando los hubiere arrastrado por los cabellos; cuando haya obligado á su padre á jurar: y según el mismo fuero citado, ni el padre ni la madre pueden privar de la herencia en otros casos que en los anteriormente indicados; pero como la legítima es ilusoria, puesto que consistía en cinco sueldos jaqueses y cinco espuertas de tierra en montes comunes, es innecesaria la anterior regla.

Podia el padre desafiliar á su hijo: si sabiendo éste que su padre está en cautiverio, no le quiere rescatar; (pero esto hoy no se sostiene en vigor por las razones que el lector podrá comprender); si no le ayuda ó socorre en sus necesidades pudiendo hacerlo; si tuviere acceso carnal con la mujer legítima de su padre: y por estas mismas causas queda desheredado, á no ser que el padre y la madre le recibieren de nuevo como hijo ó le instituyeren heredero; más, el hijo desafiliado por haber hecho perder los bienes á sus padres, les sucederá abintestato: así lo determina el Fuero 3.° de *Exheredat. filior.*

No se encuentran en el mismo caso los yernos y las nueras, según el Fuero 4.°, que de igual materia trata.

Del contenido del Fuero 1.° de *Testamentis nobil*, etc., etc., y del Fuero único de *Testamentis civium.* se deduce que el hijo legítimo preterido ó de quien no se ha hecho mención en el testamento del padre, lo anula y entra á suceder con sus hermanos por iguales partes; lo cual no sucede cuando se trata de hijo ilegítimo, pues este solo tiene derecho á pedir alimentos mientras viven sus padres.

Para que el testamento del padre sea válido, es necesario que deje legítima, aun al hijo que haya profesado en alguna religión, porque la profesión no le impide suceder; pero no es necesario que el padre diga que lo que deja al hijo es por legítima, ni que se deje nominal y señaladamente á cada uno de los hijos ó nietos.

La madre puede instituir heredero á uno de sus hijos, en la misma forma que el padre; pero el abuelo ó abuela paternos ó maternos, no necesitan instituir ó desheredar á sus nietos, porque no les han de suceder en testamento.

El legitimado por rescripto del Rey, no puede, contra la voluntad de su padre, pedir legítima, ni solicitar que se le libre del gravámen que sobre ella se le hubiere impuesto, ni entablar queja de inoficioso testamento.

No se libra el padre de alimentar á sus hijos dejándoles una legítima sumamente pequeña; pues en tal caso, podrán estos pedir alimentos hasta de los bienes vinculados por su padre: pero al hijo desobediente y díscolo se le niegan los alimentos, según varias decisiones, entre otras, la de 1677, que, conforme con el Fuero 1.° de *Exheredat. filior.*, se dictó por la Real Audiencia de Zaragoza.

Según se deduce del Fuero único de *His qui procurant. mortem illor quibus succed. etc*, *etc.*, el que injustamente mata á la persona cuyos bienes ha-

bía de heredar por testamento ó *ab intestato*, pierde el derecho hereditario, y la herencia que dimana de *fideicomiso*.

La adición ó renuncia de la herencia, sólo puede hacerse por los que están facultados para contraer obligaciones, y así los tutores y curadores de los menores, dementes y fátuos serán los que acepten ó renuncien, y no estos últimos.

La adición de la herencia no es necesaria para que se sostenga el testamento.

El heredero representa á su antecesor, sólo en cuanto á los bienes que de él hubiere recibido, de modo que aún cuando el finado estuviese obligado especialmente, no se podría proceder contra su sucesor universal por la via ejecutiva, sino por la ordinaria, porque solo está obligado á pagar las deudas ó á desamparar los bienes.

El Notario está obligado á entregar al heredero una copia del testamento, extendida en forma legal, aun cuando hubiera sacado otra para los ejecutores testamentarios; según se decidió en el consejo del Justicia de Aragón, con fecha de 1422.

CATALUÑA

No hemos de recordar aquí lo que tantas veces hemos dicho, respecto de lo que es la institución de heredero, pues sabido es de todos, que tanto quiere decir como el nombramiento de la persona ó personas llamadas por el testador á recoger la herencia; así como tampoco hemos de entrar de nuevo en lo que herencia significa. *Successio in universum jus quod defunctus tempore mortis habuit*; de todo lo cual se ocupaba el Digesto en el tít. 5.° del lib. 28, la Instituta en el tít. 14 de su lib. 2.°, el Código Romano en el tít. 24 de su lib. 6.°, y el título 3.° de la Partida 6.ª.

Necesaria es en Cataluña la institución de heredero, como lo fué en Roma, de donde esta región tomo su derecho, reconociéndola como base del testamento. Podríamos, quizá, significar una excepción, pues aun antes de publicarse la Ley 19 del Ordenamiento de Alcalá, ó sea la Ley 1.ª, tít. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación), que eximia de tal solemnidad á los testamentos que se otorgasen en nuestra patria fuera de las provincias aforadas, ya la ciudad de Barcelona, y los pueblos que gozan de sus privilegios, le tenian para testar válidamente sin necesidad de la institución, por la pragmática de Pedro III, que fechada fué en Noviembre de 1339, que por más que aparezca difusa, será conveniente transcribirla por el interés que sus disposiciones encierran: «Reflexionando debidamente que por la insuficiencia ó ignorancia de algunos nota»rios, pueden facilmente viciarse y anularse muchos testamentos, en daño de »los testadores y de otros, á instancia de los concelleres y prohombres de Bar-

»celona, concedemos y ordenamos: 1.°, Que mientras el testador ú otro cual»quierá que dispusiere cualquier última voluntad, tuviese facultades de hacer »testamento é instituyere herederos capaces, tal testamento ú otra cualquiera »última voluntad de cualquiera que fuese, no sea ni se pueda decir nulo ó nu»la, ó pueda anularse, aun cuando las personas que, según el derecho común, »deben instituirse ó desheredarse, sean preteridos ó desheredados, ó no se haga »mención alguna de postumo ó póstumos, y tambien aun que en todo testa»mento ú otra última voluntad ó alguna parte de ellas, se hubiere omitido al»guna solemnidad de derecho de las que en ella se requiere, mientras que en »el mismo testamento ó última voluntad hubiera dos testigos ó más, aunque »no fuesen rogados; y el mismo testamento ú otra cualquiera última disposi»ción, fuese puesto ó puesta en pública forma: 2.°, á las personas empero que »deben instituirse, ó de que debe hacerse mención, les queda salvo el derecho »sobre la legítima, á no ser que fuesen justamente preteridos y desheredados. »3.°, Establecemos tambien y ordenamos, que aun que el heredero escrito no »admita lá herencia, ó admitida la repudie, ó bien por cualquier otro modo y »manera falte el heredero universal del mismo difunto desde el principio ó des»pués, ó en un intervalo, sin embargo, siempre que el testador ú otro que dis»pone otra última voluntad pudiese hacer testamento, valgan los legados y fi»deicomisos y las demás cosas dispuestas en testamento ó cualquier otra últi»ma voluntad por un testador apto de disponer, mientras que los legados y fi»deicomisos ú otra cualquiera disposición sean hechas á sujetos capaces de »ellos».

Se vé, por lo tanto, gran analogia entre lo que la pragmática de Pedro III sentó en Barcelona y lo que el Ordenamiento de Alcalá prescribió en Castilla, reformando el sistema puro y absoluto de las instituciones de herederos, que tomado del derecho romano habia prevalecido en la mayor parte de la nación española.

El testamento otorgado con las solemnidades de costumbre es válido en Barcelona, aun cuando las personas que, según el derecho común, deben instituirse ó desheredarse sean preteridas ó desheredadas y no se haga mención alguna de póstumo ó póstuma. Es más, desentendiendose de algunas de las formalidades del derecho romano, la ley catalana declara válido el testamento en que hubiera dos testigos, ó más, aunque no sean rogados, y aun que por cualquiera causa falte el heredero universal, ya por repudiación, ya por falta de aceptación, por incapacidad del instituido ó por otro motivo, no dejarán de tener valor, fuerza y eficacia los legados, fideicomisos, y cuanto en forma legal se dispusiera en la última voluntad: pero este privilegio, entiéndase bien, que es puramente local, para Barcelona y los pueblos que gocen sus franquicias, sin que se extienda al resto del Principado.

Y tanta es la libertad que tienen los padres en Barcelona para disponer de

sus bienes, que, sin hacer mención alguna, de su nieto, pueden instituir á su hermano, atendiendo al privilegio, todavía en vigor, por el cual D. Pedro III concedió, en 1339, esa facultad á los ciudadanos de esta Capital, privilegio que consignado está en la Constitución 1.ª, tít. 1.º, lib. 6.º, vol. 2.º del Código municipal; no pudiendo, por lo tanto, aplicarse la Constitución 1.ª, tít. 3.ª, lib. 6.ª, vol. 1.º, ni las Leyes 10, tít. 7.º, y 1.ª, tít. 8.º, Part. 6.ª, ni la Ley 28, tít. 15, libro 7.º de la Nov. Recop., para casos de esta naturaleza, según así se ha resuelto en varias sentencias, entre otras la de 14 de Noviembre de 1845.

Capacidad en Cataluña.—¿Quiénes pueden ser instituidos en este país? El que no tiene prohibición por la Ley. La capacidad del heredero ha de coexistir en las tres épocas que constituyen el acto de la testamentifacción en este país, la del otorgamiento del testamento, la de la muerte del testador y la de la aceptación.

Todo posterior impedimento á la otorgación de la última voluntad, no la vicia, si desapareciese antes de la muerte del testador. Si la institución es condicional, basta que el instituido tenga capacidad en el momento de cumplirse la condición, si la conserva hasta el de la adición de la herencia, según anteriormente dejamos expuesto.

Las incapacidades, en Cataluña tienen bastantes puntos de contacto con las que para ser heredero se encontraban consignadas en el derecho común, según ya se indicó, si bien hay sentencias como la de 16 de Enero de 1861, en que se sienta la jurisprudencia de que el heredero fideicomisario puede escribir el testamento en que se le nombre como tal; y con relación á los religiosos exclaustrados, que antes no podían heredar, se adoptó como no podía menos de adoptarse en Cataluña, la ley de 8 de Marzo de 1636, dada como ley general del Reino, y que como posterior al decreto de nueva planta obligar debe en esta región; lo cual aparace decidido en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de 4 de Octubre de 1860, y el Real decreto de 29 de Julio de 1837.

En cuanto á los indignos de suceder en estas provincias catalanas, basta recordar la Constitución 1.ª, tít. 7.º, lib. 6.º, primer volumen, dado por D. Pedro III, de Cataluña, (cuarto rey de Aragón, llamado *el Ceremonioso*, y por algunos *el del Puñalito)* en las Cortes de Monzón de 1363.

Para que la institución sea válida se hace preciso que exprese de una manera clara la voluntad del testador y se designe de una manera cierta la persona del heredero, aunque no se le nombre, cualquiera que sean las palabras que para ello se empleen, según la ley 15 del Código Romano de *Test.*, Ley 2.ª del D. de *his quæ pro non script.*

La institución puede hacerse pura y condicionalmente. (Inst., párrafo noveno de *hæred. inst.*, Ley 13, Cód. de *Testam.*)

Institución de confianza en beneficio de los hijos.—Acostumbran los maridos en Cataluña á conceder á sus consortes la elección de heredero en la forma siguiente: «Nombro heredera á mi mujer durante la vida natural con obligación de disponer de mis bienes entre los nuestros comunes hijos, nombrando heredero á aquel que de los mismos le pareciese mejor con los vínculos, pactos y condiciones que quisiere ponerle: en caso de que mi mujer muriere sin hacer tal elección, es mi voluntad que se distribuyan en esta ó en la otra forma, etc. Y aunque algunos comentaristas suscitan dudas acerca de si con tal cláusula, la mujer tendrá ó no libertad de elegir heredero, nosotros creemos que lo que tan claro está no debe suscitar dudas de buena fe, y nos remitimos á la terminante contestación del célebre Fontanella, sin decir una palabra más, porque quien buen sentido tenga no necesita ni acudir á tales autoridades jurídicas, para ver claramente que la tal cláusula faculta á la mujer para efectuar la expresada elección de heredero ó herederos; y de esta facultad ha nacido la costumbre mencionada, general ya en este país; y admitida y sancionada por el Tribunal Supremo en diversos de sus fallos, entre otros los de fecha 12 de Diciembre de 1862, 22 de Octubre de 1864 y 30 de Junio de 1866; pero una vez hecha la elección en documento solemne, no puede dejar de producir ya todos sus efectos, ni ser revocada por la persona que la verificó usando del derecho de que estaba investida; sin que ese heredamiento pueda tener el carácter de donación en el sentido de la ley, sino que se considera parte integrante del testamento.

De la institución de heredero. — La institución de heredero es el nombramiento de la persona ó personas llamadas por el testador á la sucesión universal de sus bienes, Ley 1.ª Dig., de *hered inst*, tít. 5, lib. 28, y es tan esencial en todo testamento otorgado en Cataluña donde rige el derecho romano, que no vale como testamento, ni por lo general se sostienen las disposiciones particulares que en el mismo se contengan cuando falta la cláusula de institución ó se invalida por cualquier concepto, párrafo 34, Inst., tít. 20, lib. 2.º, párrafo 2, Inst., tít. 23, lib. 2.º y Ley 1.ª, párrafo 3.º Dig., de *hered inst*, tít. 5, libro 28; teniendo establecido el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre ellas la de 8 de Noviembre de 1869, que cuando el heredero nombrado no ejerce acto de tal, se tiene el testamento por destituido y entran á suceder los herederos *ab intestato*.

Según el cap. 2.º, Rúb. 4.ª, tít. 6, del libro de las costumbres escritas de Tortosa, no es necesaria en dicha ciudad la institución de heredero para la validez del testamento.

Para que la institución de heredero sea válida, debe estar expresada en forma clara que determine la persona del instituido conforme á la Ley 15, tít. 23, lib. 6.º Cód.; párrafo 7, tít. 20, lib. 2.º de la Instituta, Ley 16, tít. 7, lib. 28 del

Digesto, y Sentencia de 30 de Junio de 1866; y que el instituido sea capaz; siendo nula toda institución ambigua, ó sea que contenga terminos incompatibles, como también la institución captatoria que es aquella en que se nombra heredero con la condición de que éste nombre tal al testador ó á la persona que el mismo testador designa, según la Ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 30 Dig., de *legatis*, y párrafo 3.º, tit. 20, lib. 2.º Inst., cuya doctrina se sostiene también en el art. 794 de nuestro Código civil, sin que vicie la institución el error en el nombre ó en la causa porque se hubiera nombrado el heredero.

Ya hemos dicho antes que es costumbre en Cataluña conferir los maridos á sus consortes, á las que generalmente legan el usufructo de todos sus bienes, la facultad de elegir entre sus hijos en heredero al que prefieran, lo que así se hace en testamento como en capitulaciones matrimoniales, añadiendo á veces el testador la forma de distribuir la herencia para el caso de que dicha consorte falleciera sin haber hecho tal designa; cuya disposición confiere á la mujer el derecho de elegir en heredero al hijo ó hijos que tenga por conveniente, sin atenerse al orden establecido por su marido, pues éste sólo lo fijó para el caso de que la mujer no hiciera uso de su facultad, evitando con ello el *ab intestato* que con tanto cuidado procura evadirse en Cataluña. Algunos autores empero, opinan que la mujer, como cualquier otro comisario, está obligada á seguir la voluntad de su esposo, excepto cuando la facultad de elegir se haya conferido por palabras muy amplias que envuelvan la concesión de una facultad libre, diciendo que tales palabras son: *como quisiere*, según fuere de su agrado, á su entera voluntad; así se expresa Tristany en su decisión 9.ª, núms. 12 y siguientes; siguiendo la misma opinión Gibert en su nota 1.ª al tit. 1.º, cap. 1.º, Part. 2.ª de su Teórica del Arte de Notaría; cuya doctrina ha venido sosteniéndose por el Supremo Tribunal de Justicia en las citadas sentencias, de 12 de Diciembre de 1862, 22 de Octubre de 1864 y otras. Tal elección, si se hace en testamento, es esencialmente revocable, porque el testamento no es título perfecto hasta la muerte del testador; bien distinto de los actos solemnes entre vivos, en los cuales puede tener lugar la elección como son las capitulaciones matrimoniales, pues en este caso es irrevocable el nombramiento de heredero. Cuando la mujer otorga testamento sin expresar que dispone de los bienes del esposo en virtud de la facultad que éste le confirió, se entiende que no ha usado de ella, á no haber poderosas conjeturas en contrario; así lo sostienen cuando menos varios jurisconsultos catalanes, entre ellos el Sr. Durán y Bas, en su Memoria acerca de las Instituciones del derecho civil de Cataluña.

En armonía con lo anteriormente expuesto, y con el principio romano de que, la elección de heredero ha de hacerse de un modo directo y claro que no deje lugar á duda, está la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 30 de Junio de 1866, cuyos considerandos son como siguen:

Vistos siendo ponente etc.

Considerando que siendo la primera ley que debe consultarse en este pleito la voluntad del testador y habiendo expresado la suya solemne, clara y terminantemente en sus respectivos testamentos D. José Francisco y Codina y D.ª Teresa Canut, en uso de las facultades que al primero competian, de disponer de su herencia, y á la segunda de las que válidamente le confería su marido, forzoso era respetar estas disposiciones, y de consiguiente, el nombramiento de heredero de D. Felipe Codina, en tanto no hubiese otro título legal capaz de destruirlas;

Considerando que cualquiera que fuesen los dictados, ya de hijo primogénito, ya de propietario de los bienes, ó ya de heredero, que se diesen á D. Cayetano Codina, en las escrituras de venta, transacción, arrendamiento y poderes que se han traido á los autos, y en las que, ó en su casi totalidad, intervino el D. Cayetano, siendo todavía menor de edad, nunca podría deducirse de esto su nombramiento de heredero, cuando ninguno de tales actos tendia, ni era posible mediante su naturaleza que tendiese ni del modo más indirecto á tal objeto, y cuando para ello era además preciso suponer que desentendiéndose D.ª Teresa Canut de lo pactado en su capitulación matrimonial y ordenado por su marido en su testamento, acerca de la limitación de disponer sus hijos é hijas en determinados casos hasta de parte de sus legítimas, habia erigido no obstante en heredero sin restricción de ninguna especie, ó sea de un modo absoluto, á su hijo D. Cayetano, en términos de que en cualquier caso y circunstancias pudiera disponer con entera libertad de la herencia;

Considerando que aunque dable fuese prescindir de lo expuesto, siempre resultaria que se intenta sostener haberse verificado la designación de heredero á favor del D. Cayetano, sin embargo de no haber sido hecha de un modo directo, lo que en manera alguna puede estimarse con arreglo á las leyes, porque el nombramiento de heredero debe hacerse clara, expresa, deliberada y directamente, comprobándolo así hasta las mismas leyes 77 y 48 del Digesto, tit. de *haered. inst.*, que aunque para otro objeto se invocan por el recurrente, pues en la 77, que trata del caso especial de no haberse distribuido todo el *as* se lee: *Quem haeredem codicillio facere haeres esto*, y en la 48 se usa á su vez de estas literales palabras: *His verbis, Titius haereditatis mea domines esto, recte institutio fit*, cuyas locuciones alejan toda idea de incidental ó indirecta designación de heredero, tanto menos posible de poder darle valor alguno legal en el presente caso, en que no caben conjeturas ni presunciones, expresada como está de un modo solemne, claro, terminante y directo, la voluntad del testador.

Considerando que declarado repetidamente por el Supremo Tribunal que el recurso de casación no procede contra los considerandos de las ejecutorias, sino contra la parte dispositiva de las mismas, cualquiera que sea la aprecia-

ción que pueda hacerse de la opinión de la Sala sentenciadora, expuesta en uno de los considerandos de la ejecutoria, acerca de que la elección ó designación de heredero como complemento de lo ordenado en testamento ó capítulos matrimoniales, no puede hacerse sino en documento solemne, nunca podría servir de mérito para la casación, ni estimarse, por consiguiente aplicables las disposiciones que al objeto se invocan de la Ley 77 del Digesto, ya citada, y de lo resuelto por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 Junio de 1850, 30 Enero de 1856, 19 Octubre de 1861 y 28 Enero de 1862, reducido á tener por parte integrante del testamento las memorias testamentarias en virtud de la declaración de su existencia por los testadores y plena justificación de su certeza y legitimidad, siendo mucho menos aplicables la Sentencia de 1.° de Marzo de 1862, que declara no ser posible promover el juicio de testamentaría aceptada la herencia sin beneficio de inventario, y la de 21 de Octubre de 1864, pues ninguna de las dos que existen de esta fecha, deciden cuestión que tenga relación alguna con las que han sido objeto de este pleito;

Considerando que la Ley 48 del Digesto *De hæredibus inst.* ya citada, las 7.ª, párrafo 10 *De minoribus viginti quinque annis*, y 28 *De hæret inst*, ambas tambien del Digesto, el párrafo 7.° de la Inst. *De hæred qualitate et differentia* y la Ley 20 del Digesto *De adq. vel omitt hæred.*, carecen conocidamente de aplicación en el caso del dia, á los fines que se invocan, no existiendo, cual no existe, nombramiento directo de ninguna clase, cuanto menos de heredero, ni obtenido por tanto, este carácter don Cayetano Codina, y no pudiendo en su virtud haber tampoco ni expresa ni tácita adición de herencia;

Considerando que además de que las facultades concedidas por don José Francisco Codina á su esposa doña Teresa Canut, no pueden confundirse con las de un mero comisario, como en caso analogo se tiene declarado por el Tribunal Supremo, no resulta que hubiera hecho doña Teresa con actos irrevocables la designación de heredero, y variadola ó intentado revocarla después, que fué el caso que resolvió la Sentencia no del 21 sino del 22 de Octubre de 1864, y de consiguiente, no existe la infracción de doctrina admitida por la jurisprudencia, que como tercer fundamento del recurso se invoca, ni en su apoyo es aplicable aquella resolución ni el principio consignado en la Ley 75 del Digesto *De regulis juris*, de no poder variar de parecer en daño de otro, ni la doctrina de las Leyes 5.ª, tit. 19 y 4.ª, tit. 17, lib. 10 de la Novísima Recopilación, que tratan de la falta de facultades del comisario y del fundador del mayorazgo para revocar respectivamente el testamento y la vinculación;

Considerando que aún admitida la doctrina que como cuarto fundamento del recurso se cita, de que «cuando concurren presunciones y congeturas se anula cualquier nombramiento hecho por la comisaría contra la voluntad del marido que se deducía de aquellas»; y se admita también el supuesto de que

en la sentencia ya mencionada de 22 de Octubre de 1864, se consideró ser una presunción suficiente en favor del primogénito la de «que hubiese sido designado por la madre como conocedora de la voluntad del padre, con la atendible circunstancia de hacer la elección en los términos significados preventivamente para en su caso por el testador», ni aquella jurisprudencia tendría aplicación al caso presente, en que nada existe que indique haberse separado doña Teresa Canut de la voluntad que le confiara su marido, ni la Sentencia del Supremo Tribunal, resolviendo conforme á una escritura pública y solemne de renuncia de herencia por la madre, y designación expresa y directa de heredero por la misma, puede servir de fundamento al supuesto que se invoca, y mucho menos atendidos los términos en que se halla concebido el llamamiento preventivo en la capitulación matrimonial de don José Francisco Codina y doña Teresa Canut de ser el orden de sucesión que se establece al solo fin de prevenir el intestado;

Considerando que siendo la primera ley que tiene de consultarse la voluntad del testador, según ya se ha indicado, y estableciéndose en dicha capitulación matrimonial de don José Francisco Codina y doña Teresa Canut, la absoluta libertad de elección de heredero entre sus hijos é hijas, sin consideración al sexo ni edad, esta es la única regla que ha tenido y tiene que observarse mientras no se declare nula aquella disposición, y de consiguiente, carecen de oportunidad la jurisprudencia y leyes del Digesto, que como quinto fundamento del recurso se invocan para sostener que «la frase usada por el testador de que la elección recaiga en uno de los hijos ó hijas, contiene una alternativa de orden, que no permite que ninguna de las hijas sea preferida á alguno de los varones»; careciendo también de opartunidad, porque hoy no se trata de sucesión á la herencia por don Cayetano ó una de sus hermanas, en virtud del llamamiento prelativo de estas:

Fallamos, etc.—Madrid 30 Junio 1866.

En Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 Noviembre de 1898, en que se declara inscribible una escritura de venta otorgada por la usufructuaria y su hija la donataria, previa inscripción á nombre de éste de la escritura de donación, y no inscribible la hipoteca constituída sobre la finca por la viuda por no pertenecerle, toda vez que mediante la accesión la dueña del suelo se hizo dueña tambien de lo edificado, se establece la siguiente doctrina que reviste verdadera importancia:

Vista la Ley única, tit. 1.°, lib. 7.°, vol. 1.° de las Constituciones de Cataluña. Visto el art. 109 de la Ley Hipotecaria:

Considerando que procedente el solar de que se trata del caudal hereditario de don Rafael Roig y habiendo este autorizado en su testamento á su mujer para que repartiese dicho caudal entre sus hijos en la forma y porciones que á bien tuviese, es incontestable el derecho mediante el que doña Mercedes Llavallol donó el expresado solar á su hija Teresa;

Considerando que dueña ésta del área, quedó asimismo dueña del edificio en ella construído, en virtud de la Ley única, tít. 1.°, lib. 7.°, vol. 1.° de las Constituciones de Cataluña, mas por si en el caso actual la voluntad de la donante hubiera sido reservarse el dominio de la casa contra el principio jurídico de la accesión, la concurrencia en el acto de la venta de donante y donataria, ó sea de las dos únicas personas que pueden ostentar derechos sobre la totalidad del inmueble, es razón poderosa sobre la validez del contrato;

Considerando que para decidir acerca de la hipoteca constituída por doña Mercedes Llavallol hay que precisar la verdadera naturaleza jurídica de la institución que á su favor hiciera el testador, y concurren á determinarla estas dos circunstancias: primera, doña Mercedes fué instituída heredera «por durante su vida natural»; y segunda, su causante la dió el encargo de distribuir los bienes entre sus hijos con entera libertad;

Considerando que, mezcla esa institución de la herencia de confianza y del testamento por comisario, no puede admitirse que en su virtud haya adquirido la heredera el dominio de los bienes heredados, y en que no puede enajenarlos, ni está facultada más que para disponer de ellos en favor de los hijos, ni tiene sobre los mismos más que un derecho muy parecido al del usufructo, que espira á su muerte ó si pasare á segundas bodas;

Considerando que limitada la facultad de disponer otorgada por don Rafael Roig á su mujer en beneficio de los hijos de ambos, es obvio que no puede hipotecarlos en favor de extraño sin faltar á la expresa voluntad del testador; y de esto se deduce que no es de actual aplicación el precepto del art. 109 de la Ley Hipotecaria, y por tanto, que es nula la hipoteca constituída por doña Mercedes á favor de doña Rosenda Tarrida;

Considerando que en virtud de la accesión forman hoy una sola finca el solar y la casa, objeto de la venta de cuya inscripción se trata, lo cual hace innecesario distribuir el precio en la forma que el Registrador pretende, porque á la unidad de la cosa vendida es natural que corresponda la unidad en el precio;

Esta Dirección General ha acordado: 1.°, que previa inscripción de la escritura de donación, si no estuviera ya inscrita como parece deducirse de la nota del Registrador, es procedente inscribir la de venta; 2.°, que no es inscribible la escritura en cuanto á la hipoteca que contiene, y 3.°, que se confirme la resolución de la Presidencia en lo relativo al primero de esos dos extremos y se revoque en lo que concierne al segundo.—(Resol. 14 Noviembre de 1888.—*Gaceta* 19 Diciembre.

Institución de varios herederos..—Título universal é indivisible la herencia, según los principios de la legislación romana, que prohibían morir parte testado y parte intestado, la institución confería al heredero de-

recho á la totalidad de los bienes, aunque solamente se le hubiere dejado una parte de ellos: y esta doctrina fué adoptada en Cataluña sin más excepción que la de los testamentos militares, en los que el heredero se conceptuaba tan sólo serlo en aquello en que expresamente se le instituia.

La institución que se hiciere desde ó hasta cierto dia, cumplirse debe tal cual se hubiere efectuado. Los herederos nombrados entenderse debe que lo son generalmente en la parte de herencia que á cada uno corresponda, y si no estuviere señalada por el testador, se distribuirá por partes iguales entre los instituídos. Si de los nombrados, unos tuvieren parte señalada y otros no, se entenderá deferida á estos la parte sobrante, según así preceptúa la Inst. párrafo 7.°, y la Ley 17 del Digesto de *hæred. inst.*

Cuando las partes señaladas excedan del total de la herencia, se hará una rebaja proporcional á cada uno de los coherederos, según previene la Instituta y Digesto que acabamos de citar.

Si alguno de ellos cubriese el todo de la herencia, se entenderán instituídos los demás en la mitad de la herencia. (Inst. párrafo 8.° de *hæred. inst.*—Ley 17, párrafo 3.° del Digesto de *test. milit.*)

Sólo percibirán la mitad de las porciones señaladas á los herederos determinados, cuando estas excedieren del total de la herencia, quedando los bienes restantes para los demás coherederos que no tengan señaladas las porciones que han de heredar. Cuando por haber repartido el testador más del duplo no resultare sobrante que aplicar á los instituidos sin designación de parte, los que la tengan señalada percibirán solamente un tercio, y asi sucesivamente. (Leyes 18 y 87 Dig. de *test. milit.*)

Los herederos instituidos en cosa cierta, se entenderán respecto á ella simples legatarios, y tendran todos igual derecho en cuanto al resto del patrimonio, según las Leyes 11 y 35, Digesto de *hæred. inst.*, y Ley 13 del Código Romano.

Cuando alguno de los herederos haya sido instituido en una parte de la herencia, y otros en cosa determinada, los segundos sólo recibirán esta parte, mas tendrán derecho á toda la herencia si los primeros no aceptaran ó no pudieran aceptar sus respectivas porciones, según la Ley 1.ª, párrafo 4.° del Digesto de *hæred. inst.*

Aceptación y repudiación de herencia en Cataluña. —No tiene el derecho originario de este pais disposiciones especiales sobre la aceptación y repudiación de la herencia; asi es que se rige en todas sus partes por las prescripciones del derecho romano, que son tantas y tan variadas, que seria necesario para su enumeración llenar algunas páginas y no hariamos más que repetir muchos principios de los expuestos al tratar del mismo asunto ante el derecho general.

Sin embargo, no hemos de sustraernos á la indicacion somera de lo más esencial.

Significando la aceptación la conformidad del heredero con la herencia, indispensable es, para que esta aceptación tenga lugar, que el heredero conozca el hecho de la institución, conozca la herencia, sepa el fallecimiento del testador y tenga capacidad jurídica para aceptar. La aceptación puede ser expresa y tácita, sin que sean suficientes para presumirla los actos puramente conservatorios de vigilancia y administración provisional de la herencia; según se previene claramente en la Instituta, parrafos 6.º y 7.º de *hær. qual. et differ.* y en la Ley del Digesto de *adquir. vel omit. hær.*

La aceptación pura puede hacerse lo mismo personalmente que por apoderado, mientras que la condicional sólo puede ser personal, según se desprende de las Leyes 51 y 90 del Digesto de *adquir. vel om. hær.*, y la Ley 77 de *div. reg. jur.*

No puede intentarse acción alguna contra el heredero para que acepte ó repudie la herencia mientras no transcurran los nueve primeros dias desde la muerte del testador. (Ley 2, Digesto de *in jus voc.*, Nov. 60, cap. 1.º, y 115, capítulo 5.º), en lo cual está conforme el articulo 1004 de nuestro Código Civil.

Con arreglo á las constituciones de Cataluña, el heredero puede renunciar la herencia, aun despues de haber tomado posesión de la misma; pero cuando esta renuncia no se haya admitido por el Juez, en razón á haberse opuesto varios interesados, y hubiere pleito sobre ello pendiente, no puede tener valor y eficacia aquella renuncia mientras no se resuelva el litigio definitivamente; así al menos se decidió en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras en la de 27 de Octubre de 1860. Y como puede ser gravosa la adición, por cuanto el que sucede en todos los derechos del finado contrae tambien todas las obligaciones del mismo, la Ley le concede dos beneficios: el de deliberar y el de inventario. (Inst. parrafo quinto de *hær. qual et differ.)*

Beneficio de deliberar en Cataluña.—Antes de adir la herencia el heredero tiene un término para decidir si le conviene su aceptación ó no, lo cual constituye el beneficio de deliberar. Término más ó menos largo, según lo concediese el Soberano ó el Juez; pues si lo concedia el primero podia hacerse extensivo á un año, según las leyes 2.ª, 9.ª y última, parrafo trece del Código Romano de *jur. delib.*, mientras que cuando lo concedia el Juez no bajaba de tres meses ni excedia de nueve; y terminado el plazo, cualquiera que fuese el concedido, no podia concederse de nuevo, según las leyes 3.ª y 4.ª del mismo Código de *jur. delib.*

Durante el término de la deliberación deben facilitarse al heredero cuantas noticias y documentos necesite para conocer el estado de la herencia, sin que pueda ser reconvenido por las obligaciones de la misma. (Ley 5.ª, párrafo primero, y ley 6.ª, Código de *jur. delib.*)

Aunque en general, con arreglo á la ley 23, párrafo segundo, de *hæred. inst.*, no tiene el heredero tiempo limitado para adir ó repudiar la herencia; si los acreedóres testamentarios ó hereditarios lo exijen, está obligado á manifestarlo ó sino á pedir el término prefijado para deliberar. De tal manera, que si transcurrido ese plazo no hace declaración alguna, entenderse debe que repudia la herencia, cuando el que insta es su inmediato sucesor; pero se entenderá que la acepta si son los acreedores del testador los que instaron que el heredero hiciese la manifestación de aceptar ó repudiar la herencia. (Ley 69 del Digesto de *adq. hæred.*, ley última, párrafo penúltimo, Código de *jur. delib.*)

El heredero que fallece dentro del plazo concedido para deliberar, trasmite á sus sucesores el derecho de adir la herencia todo el tiempo que le reste. Si no hubiere hecho uso del beneficio, sólo tendrá lugar la transmisión en el caso de fallecer antes de un año contado desde el dia en que supo que le había sido deferida la herencia, y sólo por el tiempo que faltare aquel año, según la ley 19 del Código Romano de *jur. delib.*, debiendo hacerse notar que según la ley 9.ª del Digesto de *jur. delib.*, el hijo mientras delibera tiene derecho á que se le señalen alimentos sobre la herencia, respecto de la cual goza de tal beneficio.

Inventario en Cataluña.—Otro de los beneficios de que con relación á la herencia concede la legislacion Catalana, adoptando el espíritu y la letra de la romana, es el de inventario, más favorable que el de deliberar y de resultados más practicos y seguros, puesto que por él limita sus responsabilidades el heredero al haber herencial, sin obligar ni comprometer en manera alguna su propia fortuna. De modo que puede definirse el inventario, diciendo: que es la descripción de los bienes y derechos que forman una herencia.

El inventario, según el tít. 3.º, libro 5.º, primer volúmen de las Constituciones, debe comenzarse dentro de los treinta dias de haber sabido el heredero el fallecimiento del causante, concluyendose dentro de los otros treinta dias; pero si los bienes herenciales ó parte de ellos se hallaren fuera del domicilio del heredero, se prorrogará por un año el plazo indicado; prescripción bien semejante, por cierto, á la del artículo 1017 de nuestro Código Civil.

Con anterioridad á la publicación de la ley de Enjuiciamiento Civil, se observaba en la manera de formar los inventarios las disposiciones de las leyes contenidas en el tit. 8.º, libro 4.º, primer volumen de las Constituciones de Cataluña; pero desde que toda la Nación quedó sometida á la ley de enjuiciar, cayeron en desuso aquellas prescripciones, por seguir las reglas de ésta, y ordinariamente se efectúa dicho inventario ante escribano y dos testigos.

Clases de testamento en Cataluña.—Conócense las mismas clases ó especies de testamentos que se conocen por derecho Romano, además

de alguna otra especie originaria en este Principado. La división más común de testamentos atendiendo á su forma externa es la de nuncupativos ó abiertos y escritos ó cerrados. Nuncupativo es aquel en que el testador de un modo inteligible y claro declara su voluntad en presencia del Notario y dos testigos llamados y rogados especialmente, y donde no haya Notario en presencia del Cura párroco (1). Escrito ó cerrado es el testamento que el testador entrega cerrado bajo cubierta al Notario en presencia también de dos testigos y expresando que aquel pliego contiene su testamento, lo que se consigna por diligencia sobre la misma carpeta que firman el Notario junto con el testador y los testigos ó uno de ellos si el testador no sabe firmar. Para la apertura de este testamento se contienen disposiciones en el título 7.°, libro 3.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Existen, además, el testamento militar, el testamento del ciego, el testamento en tiempo de peste, el testamento mancomunado, el testamento *ad pias causas*, el testamento *inter liberos*, el testamento sacramental, las herencias de confianza y el testamento *ad cautelam*, testamento de los impúberes, los fidecomisos y los codicilos.

Respecto al testamento militar, ya indicamos no cabe distinción alguna por fuero, toda vez que hoy esa clase cuantos actos jurídicos ejecute como tal militar deben regirse por las disposiciones del derecho común, mucho más tratándose del ejercicio de lo que antes fué un privilegio que la misma ley les concedía por razón de su clase, y hoy sólo es una especialidad excepcional debida únicamente al peligro en que están expuestos, de suerte que un militar natural y vecino del Principado, si testa militarmente podrá morir parte testado y parte intestado, siendo válido el testamento en el que se hayan observado los requisitos que el vigente Código Civil exige en el testamento militar; mientras que si testara ordinariamente en Cataluña, sin ser ciudadano de Barcelona, sería nulo el testamento si éste no contenía institución de heredero clara y expresa, porque así lo preceptúa el derecho que regula esa materia en este país.

El testamento del ciego, como su nombre lo indica, es el otorgado por la persona que sufre aquel defecto físico, y como no tiene regulación por derecho especial, deben observarse para su validez los preceptos del Derecho Romano que exige se otorgue ante siete testigos y el Notario, ante los cuales declara el testador su voluntad, ya de viva voz, ya presentando un escrito con expresión de que es su testamento, al que deberá dar lectura el Notario en alta voz, fir-

---

(1) Los otorgados ante los párrocos, que autoriza la R. C. de 1736, son nulos si existía Notario público en la poblacion. Así lo declaro el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de Enero de 1887, confirmando la sentencia pronunciada por la Excma. Audiencia de Cataluña, que declaro nulo un testamento otorgado ante el párroco habiendo Notario en Palautordera.



mándolo los presentes y uno de los testigos por el testador, si éste no supiere ó no pudiere por razón de su ceguera ó de cualquier otro impedimento.

Testamento en tiempo de peste.—El testamento, en tiempo de peste, dadas las extraordinarias circunstancias en que tiene lugar, está relevado de la unidad de acto, que como requisito esencial se exige en los testamentos, en cuanto esta haga referencia á la intervención de los testigos, los que pueden concurrir y firmar en distintas ocasiones.

Testamento mancomun.—El testamento mancomunado que la Ley 19 del Código *De pactis*, lib. 2.º tit. 3.º, estableció á favor de los militares y que una Novela de Valentiniano III hizo extensivo á los esposos, es aquel por el cual varias personas disponen por última voluntad de sus bienes en un mismo acto, instituyéndose mutuamente ó haciéndose depender su validez de que el otro no varie el suyo. Como se trata en estos testamentos de que su otorgamiento sea en un mismo acto, observan los tratadistas que no es necesaria la repetición de solemnidades, á excepción de las que cada uno de los testadores hace separadamente de llamar y rogar los testigos (1).

Testamento ad pias causas.—De origen canónico es el testamento *ad pias causas* establecido en el capitulo 11 de las *Decretales*, que declara válida la disposición á favor de la iglesia, lugar piadoso ó establecimiento de beneficencia, hecha ante dos ó tres testigos que se exigen más como prueba, que en concepto de solemnidad, según del mismo capitulo se deduce. Otro de los privilegios de este testamento, según el capitulo 13 del mismo titulo de las *Decretales*, es el poder encargar el testador su disposición á otra persona *qui extremam voluntatem in alteriis dispositionem conmittit non videtur decedere intestatus*; cuyo principio opinan varios tratadistas, pudo dar origen á las herencias de confianza que tan funestos resultados han producido en la práctica, puesto que todas las modernas legislaciones las rechazan.

Testamento inter liberos.—Otro de los testamentos privilegiados en Cataluña es el testamento *inter liberos* de origen romano, que es el otorgado por el ascendiente á favor de sus descendientes sin concurso de personas extrañas. Al otorgarlo por escrito basta que el testador, de su puño, haga constar su voluntad, la fecha del testamento, los nombres de los instituidos, y las partes que señala á cada uno, expresándolo en letras y no en cifras ó guarismos, conforme lo preceptúa la Novela 107 de Justiniano, ordenando éstas que se

(1) El Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de Marzo de 1888, estableció que el testamento mútuo ó de mancomun, es revocable como todas las disposiciones de ultima voluntad. En la de 17 de Noviembre de 1884, se reconoce al testador superstite la facultad de disponer libremente de los bienes aun cuando en el testamento se estableciera que los que quedasen á la muerte de ambos otorgantes, los heredarian sus respectivos parientes.



precisen bien las porciones de manera que no ofrezcan duda alguna; que si quisiere hacer la división de sus bienes entre sus hijos, ó instituciones generales ó parciales de ciertos bienes designados, las escriba á fin de que todo lo que haga, siendo declarado por escrito, no de lugar á cuestiones entre los hijos.... que los testadores manifiesten delante de testigos, que quieren que lo que han escrito y ordenado en sus disposiciones tenga efecto y sea ejecutado; sin que una disposición de esta naturaleza pueda ser objeto de querella bajo pretexto de que está escrita en papel común y que no esta revestida de las demás formalidades de los testamentos (1).

Testamento sacramental.—El testamento que podriamos llamar privilegiado por excelencia, de cuyo privilegio gozan exclusivamente los ciudadanos de Barcelona y de Gerona, es el conocido con el nombre de testamento sacramental, llamado así por el juramento que prestan los testigos que en realidad de verdad son los verdaderos otorgantes. No negaremos que alla en remotos tiempos, cuando la santidad del juramento era tan venerada, y la buena fé inspiraba y dirigia los actos de los ciudadanos, produjera sus eficaces resultados en aquellos casos extremos en que, encontrándose el testador en circunstancias especiales ó enfermo, en peligro de muerte, sin que hubiere dispuesto de sus bienes y recordándole su especial estado tal derecho, hacía expresión oral ó escrita de su voluntad ante dos testigos para que estos, bajo juramento, la ratificaran en la forma que previene el capítulo 48 del *Recoquaverunt Proceres*; pero hoy que desgraciadamente la buena fé en ciertos actos no impera como debiera y que no siempre se atiende con aquella fidelidad á la santidad del juramento, como nos lo ha confirmado la experiencia adquirida en nuestra práctica y los numerosos casos que durante la misma hemos tenido ocasión de resolver, denegando en no pocos la elevación á testamento sacramental de declaraciones, que en algunos dieron margen á causas criminales, creemos que la existencia en Cataluña de esa forma de testar es de verdadero

---

(1) El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de Enero de 1887, sienta la doctrina de que no altera la naturaleza del testamento *inter liberos* el derecho de instituir el testador á su mujer usufructuaria, legándole una finca con prohibicion de disponer de ella, sino en pro de sus hijos, ni es causa de su nulidad el omitir el nombre propio de las hijas a quienes alude, ni puede discutirse su merito una vez reconocido y consentido por los interesados. (*Gaceta* de 7 de Junio) Y en otra Sentencia de 1.° de Julio del mismo año, se contiene el siguiente «Considerando que no basta para que un testamento sea y se repute por *inter* »*liberos* la circunstancia de disponer el padre de sus bienes entre solo sus hijos, sino que »es preciso que llene los requisitos que la Nov. 107 exige de escribirlo el testador de mano »propia, declarando con su firma la fecha de su disposición, los nombres de sus hijos, y »las partes y porciones en que los instituye herederos, manifestando después delante de »testigos que quiere que lo que ha ordenado y escrito en sus disposiciones tenga efecto y »sea ejecutado». Lo cual parece pugna algun tanto con la anterior.

Existen ademas las Sentencias de 17 de Diciembre de 1860, y 11 de Octubre de 1869, que comprenden casos análogos al de la primeramente citada.



perjuicio á los intereses de loscatalanes, por lo que se presta al fraude, y que en prevención ha de poner á los Tribunales cualquier solicitud de tal naturaleza.

Ya el Fuero Juzgo en la Ley 12, tít. 5.°, lib. 2.°, preceptuaba que: *Aquel que muere en romería, ó en hueste, si oviere omnes libres consigo, escriva su manda con su mano ante ellos. E si non sapiere escrivir, ó non pudiere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos, que sepa el obispo que son de buena fé, é que non fuesen ante fallados en pecado. E lo que dixieren estos siervos por su iuramiento, fágalo el obispo ó el iuez escrivir despues, é sea confirmado por ellos é por el rey*: en lo cual vemos ya los verdaderos precedentes del testamento sacramental.

El capítulo 48 del citado *Recognoverunt Proceres*, define el testamento sacramental cuya validez sanciona al establecer que: *es costumbre que si alguno hiciere testamento ó su última voluntad, presentes testigos, en la tierra ó en el mar, en cualquier parte que sea, en escritos ó sin escritos, aunque no estuviera presente Notario alguno en la dicha voluntad manifestada verbalmente ó en escritos, que valga la dicha última voluntad ó testamento, mientras que los testigos que intervinieron en la misma última voluntad ó testamento dentro de seis meses que estuvieren en Barcelona, juren en la Iglesia de San Justo, sobre el altar de San Félix, mártir* (1), *presente el Notario que autoriza tal testamento y otras personas, que los mismos testigos así lo vieron ú oyeron escrivir ó decir como se contiene en dicha escritura ó última voluntad verbalmente explicada por el testador, y que este testamento se llama testamento sacramental.*

Si con detención se examina el contenido de dicho capítulo 48 como el de sus precedentes, no podremos menos de deducir, que es testamento privilegiado el que regula, y que tal privilegio, por su naturaleza, requiere que el que use de él se encuentre en circunstancias especiales extraordinarias que confirmen la necesidad de dicho privilegio: así se comprende que en cualquier parte que se encuentre el ciudadano de Barcelona, en la tierra ó en el mar, ó en su mismo domicilio, cuando un accidente imprevisto le ha puesto en inminente peligro de muerte, declare su voluntad oral ó escrita delante de testigos, manifestando que valga dicha última voluntad, para que estos mismos testigos dentro el término de seis meses que estuvieren en Barcelona, juren con la solemnidad debida que aquello mismo que se solicita lo oyeron decir ó vieron escribir al testador; pero además de que estos casos han de ser rarísimos, entendemos que debe rechazarse toda solicitud de tal testamento siempre que en él no concurran todos y cada uno de aquellos requisitos. Por más que andan discordes los tratadistas catalanes, nosotros, teniendo muy presente que todo privilegio debe interpretarse restrictivamente, opinamos que no estando presentes en un

(1) Hoy de Santa Cruz.

mismo acto dos testigos cuando menos, que no tratándose de un testador que se encuentre en viaje, romeria ó en hueste que decia la Ley Goda, ó á quien un accidente imprevisto tiene en inminente peligro de repentina muerte; que no estando, en fin, de perfecta conformidad los testigos en la esencia de sus manifestaciones, deben rechazarse, repetimos, las solicitudes de tales testamentos. Además, débese sospechar de un proceder incorrecto y servir puede para prevenir al Juzgado lo que se nos ha ofrecido algunas veces, de presentarse como tal nombrado heredero, un extraño cualquiera, cuando el difunto tenia no sólo ascendientes y consorte, sino hasta descendientes legitimos; y para estos casos que se han presentado algunos y pueden presentarse, creemos seria muy eficaz la intervención del Ministerio Fiscal, á fin de deducir, en caso necesario, la acción criminal correspondiente por falsedad contra solicitante y testigos, cuando hubiese indicios suficientes para ello, como estimamos procedente dicha intervención fiscal en todos los testamentos sacramentales, en representación del Fisco llamado por la ley á la sucesión abintestato, en determinadas ocasiones, y por lo tanto, con verdadero interés directo, no pudiendo considerarse en cuanto á dicho Ministerio bastantes los llamamientos que se hagan por edictos de los que se crean interesados, pues que en ellos jamás se expresa si el testador ha dejado ó no herederos legitimarios preferentes al Fisco, y á éste particularmente no le consta tal extremo para que pueda acudir á ser parte en las diligencias como interesado.

Por otra parte, y ello confirma nuestra opinión, el curso ó la forma que se dá á tales expedientes es altamente defectuosa en nuestro sentir, toda vez que queda reducida á la siguiente: Presentada la solicitud de testamento sacramental, en la que se ófrece la información testifical que advera aquella disposición de última voluntad, se publican edictos llamando á todos los que se crean interesados en la herencia para que el dia y hora que en los mismos se señale (dos horas después de mediodia se decia antiguamente), comparezcan en la Iglesia de Stos. Justo y Pastor, altar de Sta. Cruz (antes San Felix), donde en presencia del Juez, Escribano y demás interesados se recibe el juramento á los testigos, quienes declaran respecto á la que se dice manifestación de la última voluntad del difunto, permitiéndose á los interesados que repregunten á dichos testigos; y estando éstos contestes en sus declaraciones, y reuniendo éstas las circunstancias exigidas por la ley, el Juez, oido el Ministerio Fiscal (esta es la única intervención que tiene), dicta auto fundado elevando á testamento sacramental la referida última voluntad sin perjuicio de tercero, y mandando protocolizarla en poder del Notario que designa, lo que se verifica una vez firme dicho auto. Los edictos antes expresados se publican solo en el Diario de Avisos de Barcelona (ú otro diario local) y en el *Boletin Oficial* de la Provincia, y como puede suceder muchas veces, que por más que el testador sea ciudadano de Barcelona tenga sus descendientes ó ascendientes en el pue-

blo ó lugar de su naturaleza distinto de Barcelona, la forma de publicación de edictos, es poco menos que ilusoria para dichos parientes, verdaderos interesados, ya que legalmente no puede constarles aquel llamamiento: por eso decimos que es defectuosa la tramitación del expediente, porque consideramos indispensable la publicación de los aludidos edictos en el punto de la naturaleza del finado. Además, como es de presumir, que quien solicita la declaración de testamento sacramental á su favor, no será para encargarse de cubrir deudas que dejó el difunto, sino para hacer suyos los bienes de aquel, que sobradamente sabe en que consisten, deberia, nombrarse un administrador de la herencia siempre que el finado no hubiese dejado descendientes ó motivado algún usufructo legal, en cuyo último caso en poder del usufructuario habrán de continuar los bienes. Todo esto lo creemos hoy indispensable mientras subsista dicho testamento, porque han llegado á tal extremo los abusos cometidos, que no pocas veces son los que solicitan la declaración á su favor, sugetos que ninguna relación de parentesco ni afinidad tienen con el difunto, y que aun no siendo declarados tales herederos, se han incautado de los bienes del supuesto testador, solo porque falleció en su domicilio, durante cuya enfermedad le asistieron.

Nuestro recelo, respecto á los resultados de esta forma privilegiada de testar, los demostraban ya los tratadistas catalanes así; Fontanella opina que no debe presumirse propósito serio de testar cuando el testador no estaba enfermo de gravedad ni amenazado de peligro alguno inminente; de la misma manera, dice Cancer, que no debe presumirse cuando no hubiese revocado el testamento anterior que el testador tuviese hecho en la forma ordinaria, no obstante haberlo podido hacer; que debe tenerse en cuenta si hay ó no ya otro testamento hecho, y si en el primero ó en el sacramental se nombran herederos los que deben serlo *ab intestato* ó alguno de ellos, ó si son herederos los que asisten al testador en su enfermedad con el objeto de estar mejor cuidado.

Este privilegio lo goza también la ciudad de Gerona, no en virtud de la comunicación de privilegios y usos de Barcelona, sino en fuerza de una consuetud escrita particular de dicha diócesis: así lo afirma Fontanella en su decisión 578, núm. 22, sin contradecirlo los demás tratadistas de derecho Catalán, y confirmándolo los Sres. Amell y Brocá en su párrafo 645 de testamento sacramental, transcribiendo la Rúbrica 26 de las costumbres escritas de Gerona en su texto latino, y añadiendo que el juramento se presta en la Iglesia del Carmen *(in al qua Ecclesia super altare consecrato*, dice el texto), por estar inservible la de San Martin Sacosta, donde se celebraba de tiempo inmemorial; si bien otros autores sostienen que el testamento sacramental se concedió como privilegio exclusivo á los ciudadanos de Barcelona.

Tortosa también cuenta con una especie de testamento sacramental, que

es el comprendido en la costumbre 7.ª, Rúbrica 4.ª, libro 6.º que establece, se puede testar ante dos ó más testigos varones, donde no haya Notario, cuyos testigos, dentro de seis meses después de la muerte del testador han de comparecer ante los jueces y el veguer, en presencia de un Notario de la ciudad, y manifestar bajo juramento la voluntad y ordenamiento del difunto, cuya manifestación será reducida á escritura pública por el referido Notario.

El Tribunal Supremo en varias sentencias ha venido precisando los requisitos que deben llenarse en esa clase de testamentos; y en la de 18 de Marzo de 1861, declara que el que use de este privilegio ha de hacerlo expresando con palabras claras y precisas, que no den lugar á interpretaciones ni dudas, su última volundad y ánimo deliberado de testar; en la de 18 de Junio del propio año, exige la simultaneidad de dos testigos; en la de 21 de Febrero de 1870, *requiere la absoluta conformidad necesaria* de los testigos en las palabras de la testadora; en la de 9 de Enero de 1882, preceptúa que es requisito esencial, en el testamento sacramental escrito, que los testigos juren: *que así lo vieron escribir como en dicho escrito ó documento se contiene*, y en la de 28 de Abril de 1885, ratifica la validez de un testamento sacramental, cuya manifestación del testador confirmada por los testigos con la solemnidad religiosa y civil que previene el cap. 48 del *Recognaverunt Proceres*, fué hecha ante los mismos testigos en el escritorio del mismo testador *porque la ley lo autoriza con su expresión en la tierra, en el mar y en cualquier parte*.

De todos modos hay que reconocer que hoy no tiene razón de ser éste ni ningún otro testamento privilegiado, porque aunque se prescindiera de la odiosidad que consigo lleva el exclusivismo de todo privilegio, el cual pugna con las corrientes de la época en que vivimos, y se tuviera en cuenta que todo hasta los privilegios obedecen á una causa más ó menos justificada, tal causa ha desaparecido desde el momento en que la legislación vigente facilita tanto el otorgamiento de los testamentos que no hay manera posible de quedar sin disposición testada todo aquel que tuviere á bien disponer de sus bienes para despues de su muerte; pues además de la facilidad con que en el dia puede hacerse un testamento abierto y de la sencillez del testamento cerrado, teniendo como tenemos el testamento ológrafo dentro de nuestro Código Civil, no cabe alegar pretexto alguno para buscar formas privilegiadas de significar nuestra última voluntad que en sí llevan la mayor exposición á no significar la verdadera expresión de la voluntad del testador, sino la inverosimilitud las más veces, la falsedad y el absurdo en la mayor parte de los casos. Y si se combate el testamento militar y el marítimo aun reducidos como están hoy á la condición de especiales ó excepcionales por razón de las circunstancias anormales en que se encuentra el que obligado se ve á hacer tal testamento, no podrán menos de combatirse los testamentos sacramentales que sin razón de ser hoy, y sin motivo de ningún género se sostienen en este pais no obteniéndose

con ellos ni baratura en la forma, ni verdad en el fondo, ni otra cosa que el origen de inumerables litigios y la duda cuando no el oprobio del causante á quien se atribuyen tales disposiciones. Tanto es así que hasta entre algunos de los que parecían más empeñados en su sostenimiento, se han visto críticas de disposiciones tales y se han ridiculizado esos testamentos sacramentales que en la forma y en el fondo carecen de las garantías que toda última voluntad debe tener para asegurar la verdad de los mismos, la expontaneidad y libertad en el testador, la volición de éste y el perfecto conocimiento de la disposición de sus bienes.

Herencias de confianza.—Tomando su origen del cap. 13 de las Decretales de testamentis, hubo un tiempo en que se introdujo por la costumbre y la antigua jurisprudencia y fué muy general en Cataluña el testamento de confianza, llamado así por la naturaleza especial de su institución, que consiste en designar á determinada persona para la percepción de la herencia con el fin de darla el destino que el testador reservadamente, ya de palabras, ya por escrito le tiene comunicado; hallándose reconocida además tal forma de testar, por varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras las de 3 de Octubre de 1866 y 19 Julio de 1869.

En su esencia son consideradas las herencias de confianza como fideicomisos de forma especial por el secreto que contienen en cuanto á la designa del verdadero heredero, y por las atribuciones, derechos y facultades del depositario de la confianza; toda vez que como dicen Fontanella en su obra *De Pact Claus* 5.ª, Glosa 4.ª, Parte 4.ª, párrafos 77 y siguientes y Durán y Bas en su Memoria acerca las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña, cap. 3.º de los testamentos y codicilos en su contenido, pág. 190, no tiene para si *nec fructus interin perceptos suos facit; nec quartam detrahit, nec aliquod emolumantum ex heredis institutione percepit, sed uti custos bonorum depositarius et nudus minister positus censetur.*

Por más que el Tribunal Supremo tiene reconocidas las herencias de confianza, han estado siempre divididos los tratadistas respecto á la bondad de tal institución, pues mientras autoridades tan respetables en el Foro como el Sr. Durán y Bas, en su repetida Memoria, opinan es de benéficos resultados el mantenimiento en el derecho civil, de las herencias de confianza, otros tratadistas las rechazan porque con ellas se dispone en fraude de leyes prohibitivas, y porque dado el modo de ser de la actual sociedad, puede muchas veces consistir el fraude no ya en la evasión de leyes prohibitivas, que sería lo de menos cuando se tratara dé satisfacer deudas de conciencia que, por las circunstancias especiales en que se contrajeron, impide la ley el solventarlas, sino en la suposición de la voluntad del testador que no hay medio legal de comprobar. En apoyo de su opinión, cita tan distinguido jurisconsulto los casos que pueden

presentarse de padres que à pesar de las precauciones del testador malbaratan los bienes que forman el peculio adventicio de los hijos, de desgraciadas esposas cuyos maridos las obligan á contratos ruinosos ya para comprometer el producto de los bienes en temerarias empresas ya para derrocharlos dando rienda suelta á sus vicios; cuyos casos y otros semejantes, dice, recomiendan la institución de los herederos de confianza, ya que no la recomiende á la vez el deber de pagar deudas de conciencia que no siempre se pueden satisfacer en vida como la moral lo ordena; mas, esto no obstante, reconoce que el recelo que algunos abrigan de que no sean siempre dignas de la confianza del testador las personas en quienes éste la deponga, es motivo suficiente para que los testadores la utilicen con parsimonia; debiendo éstos imputarse á si mismos su imprudencia, si no aciertan á escojer para aquel cargo á personas de acrisolada probidad.

Nosotros, sin embargo, respetando en lo que vale opinión de tan distinguido jurista, no podemos menos de decidirnos por la contraria, aleccionados como estamos por la experiencia y por la poca solidaridad que a nuestro humilde modo de ver tienen las razones que claman en pro de tal institución de herederos de confianza; pues tales disposiciones se oponen al principio jurídico universalmente reconocido por todos los Códigos modernos de que el acto de testar es personalisimo y directo por su naturaleza.

Dicese que á veces hay padres que malbaratan los bienes adventicios de los hijos; pues bien, aunque esos casos podrán admitirse tan sólo como excepcionales y muy poco frecuentes por ser contrarios á las leyes naturales, estos mismos casos no se evitan siempre con los testamentos de confianza como se evitarian más regularmente con la exacción de cierta fianza al padre administrador de dicho peculio: que hay maridos que obligan á sus esposas á contratos ruinosos, sea para comprometer los bienes en temerarias empresas, sea para derrocharlos dando rienda suelta á sus vicios; pues muy sabido es que á la par que deben suponerse escasisimos casos semejantes que pugnan abiertamente con la naturaleza y el fin del matrimonio, asimismo facilita la ley y en Cataluña mucho más, elementos suficientes para que los bienes de la consorte permanezcan incólumes al resultado de las más ó menos azarosas empresas de un marido, ya con los pactos de unas capitulaciones matrimoniales si el testador donó entre vivos, ya usando en su testamento dicho testador de las libérrimas facultades que la ley le reconoce de poner todo género de limitaciones y condiciones posibles que no atenten á la moral ó á las buenas costumbres en las donaciones *mortis causa*. Esto es lo que nosotros contestamos, por lo que se refiere á los casos que para evitar abusos se supone recomendable la institución de herederos de confianza. Todavia nos dice más en contra de tal institución la experiencia alcanzada en los muchos casos que durante el ejercicio de nuestra carrera hemos tenido ocasión de conocer y estudiar: en la mayoria de ellos

hemos visto la lucha entre supuestos sentimientos religiosos de que los testadores en vida no habian hecho manifiesta ostentación, con los sentimientos de humanidad y de amor natural innatos en el hombre hacia aquellas personas allegadas, de las cuales eran prueba evidente sus actos y manera de proceder mientras vivieron; y esto que, por sí solo, á poder obrar en conciencia, por equidad, nos hubiera llevado á resolver en sentido más humanitario que el legal en que lo hicimos ateniéndonos á preceptos escritos, si bien la razón legal ahogó la voz de la conciencia, no pudo menos de dejar en ella indelebles huellas en que apoyar la mayor de las prevenciones contra esa forma especial de instituir esa serie continuada de verdaderos abusos de confianza. Un caso recordamos entre los muchos de fecha no antigua en que el testador que por ser soltero carecia de descendientes, contaba con hermanos consanguineos á los que llamó durante su última enfermedad, toda vez que algunas leguas les separaban, y á los que tenia instituidos en herederos en testamento anterior, sin duda alguna para darles el postrimero adiós con la satisfacción de participarles iban á ser sus sucesores, y éstos que guiados por el sentimiento natural acudieron presurosos al llamamiento, tuvieron el pesar de verse privados de su presencia, so pretexto de que la ciencia médica aconsejaba el reposo, mientras no lo aconsejaba para que al moribundo se le importunara con la confección de un testamento en que, por razón de su estado grave, no hizo más que nombrar ciertos herederos de confianza para que cumplieran su voluntad como les tenia reservadamente comunicado de palabra prohibiéndoles publicar dicha confianza, confianza que por los actos de los herederos vino á demostrar que habia prescindido en absoluto de sus parientes el testador.

Otra cosa será para no sospechar de la veracidad de la voluntad del testador cuando éste, como sucede alguna vez, se refiere á memorias ó cartas escritas de su puño donde consta su voluntad, puesto que en estos casos apenas hay términos hábiles para suponer una suplantación; pero siempre que se trate de institución de confianza á cuyo heredero se le haya comunicado verbal y reservadamente la voluntad del testador, como de esta suerte no tiene medio de comprobación tal voluntad, como por estas mismas razones se facilita el fraude con la mayor impunidad; siempre que de esta institución se trate, y la confianza se practique con olvido absoluto de aquellas personas que por ley de la naturaleza debia recordar el testador, ofrecerá indicios de ser tal confianza sospechosa, y como no hay manera de dejarla sin efecto creemos que lo más lógico, lo mas razonable y los más natural, legislando para la sociedad presente y para la venidera, seria anular la institución de confiaaza, como se anuló el testamento por comisario.

Testamento ad cautelam.—Llámase testamento *ad cautelam* aquel que otorgado con las solemnidades ordinarias contiene además una cláusula en la que el testador expresa su voluntad de que dicho testamento no se con-

sidere revocado por ningún otro posterior á menos de hacer en éste especial mención de las palabras ó cláusula derogatoria que en él consigna, de cuya cláusula derogatoria ó con cautela toma el nombre.

Dicha clase de testamento ha tenido vida constante en Cataluña, debida más á la costumbre que á disposiciones escritas de este pais, y tomando su fundamento del texto de la Ley 22, tit. 1.°, lib. 32 del Digesto, cuyo precepto ratificó exponiéndolo con más precisión el Rey Sabio en la Ley 22 del tit. 1.°, Partida 6.ª, en la que al fijar los casos en que un testamento posterior perfecto no derogaría, el anterior establece el de cuando el testador expresase que el testamento que hacia queria que valiese para siempre y que no fuera válido cualquier otro anterior ó posterior. *Ca si acaesciese que este atal mudase su voluntad é ficiese otro testamento non quebrantaria por ende el otro que ovièse ante fecho fueras ende si el testador dexerse en el postrimero testamento señaladamente que revocava el otro é que non touvier daño á aquel testamento que agora facia las palabras que dixera en el primero;* habiéndose establecido por uniforme y continuada jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, que la transcrita ley era de observancia general en Cataluña, (sin duda alguna por estar la misma conforme con la antes citada del Digesto). En dichas sentencias, entre las que merecen especial mención la de 1.° de Octubre de 1860, 22 de Junio de 1865, 18 de Junio de 1866, 22 de Febrero de 1868, 7 de Diciembre de 1869, 30 de Octubre de 1877 y 20 de Enero de 1887 se establece que debe prevalecer el testamento *ad cautelam*, sobre el posterior si en éste no lo revoca *señaladamente* el testador, expresando que no obsten para ello las palabras estampadas en el primero, aunque no se transcriban literalmente en el segundo.

En vista de la anterior jurisprudencia sentada en las precitadas sentencias, de las que se deduce la preferencia que se ha dado á la Ley de Partida con respecto á la antes citada del Digesto por la mayor precisión que en ella se contiene, y teniendo en cuenta que dicha Ley sólo era aplicable en este principado como supletoria de sus supletorios, por lo cual ha de considerarse derogada de conformidad con el art. 1976 del Código en relación con el artículo 12 por el que se proclama que el Código sea supletorio del derecho foral en deficiencia del supletorio de éste, como nuestro Código en su art. 937, considera por no puestas las cláusulas derogatorias en los testamentos, hemos de deducir, que si bien podrá discutirse la validez de los testamentos *ad cautelam* en Cataluña, su derogación no exigirá el formularismo que hasta ahora, toda vez que, ateniéndose al único precepto del derecho romano que le dió forma (Ley 22, tit. 1.°, lib. 32 Dig.), bastará que el testador exprese que se arrepiente de la primera disposición que aquella cláusula contenia, sin necesidad de referirse á la misma; con lo cual viene á demostrarse que no son necesarias á Cataluña aquellas formalidades de la ley de Partida, y que queda de hecho inutilizada en alto grado la preferente eficacia de los testamentos *ad caute-*

lam, aproximándose así á la prescripción del art. 737 del Código; cuya doctrina, en cuanto á la materia que nos ocupa, creemos debe aceptar Cataluña siguiendo la opinión del Sr. Durán y Bas.

Testamento de los impúberes.— Desde luego llamar debe la atención de cualquier aficionado al estudio del derecho, la simple enunciación del testamento de los impúberes; pues si atendiendo al sentido literal del epígrafe, parece quiere significar la disposición de última voluntad que los impúberes hagan, como es sobradamente sabido que á los tales, el derecho no ha reconocido jamás la plenitud de tal facultad libre, para lo cual les considera incapaces, se deduce lógicamente que ha de querer significarse con aquel enunciado el testamento que un tercero, el padre ó el abuelo, hace por su hijo ó nieto respectivo; deducción que no podría hacerse sino se prescindiera de la razón filosófica de la institución en general, del fundamento en que descansa la facultad de testar, atendiendo más que á ellas á las sutilezas y ficciones de que tan frecuentemente usaban los romanos, y al concepto absorvente que de la patria potestad tenían; ficciones que originaban algunas veces contradicciones de preceptos jurídicos, como en este caso en que, reconociendo al padre y abuelo facultad para testar por su hijo ó nieto impuber, no se le reconoció para hacerlo por el loco, por más que se le conceda la de nombrarle sustituto: por eso decimos al empezar, que debía llamar la atención el enunciado de este capítulo. Además, ¿cómo sé explica que el padre puede testar por su hijo impuber y no pueda hacerlo por el puber hijo de familia, que por el mero hecho de serlo no le concede el derecho de testamentifacción activa más que respecto al peculio castrense ó cuasi castrense, cuando el mismo derecho proclama, que la capacidad en general para testar, arranca de la pubertad en que se reputa el pleno desarrollo de las facultades mentales?

Sin embargo, como el testamento de los impúberes fué regulado por el derecho romano, y como este derecho, salvo raras excepciones, es el vigente en Cataluña en lo que á testamentos se refiere, no podemos menos de consignarlo en este lugar, expresando que es el testamento que el padre ó el abuelo hace por aquel hijo ó nieto impuber que en su potestad se encuentra, y que por razón de su edad está incapacitado en absoluto de la testamentifacción activa. Se concede esta facultad al padre en la Instituta, tít. 16, lib. 2.°, y en el Digesto Ley 2.ª, tít. 6.°, lib. 28, donde se establece que, para la validez del testamento que otorga el padre por su hijo, es necesario que al mismo tiempo haga testamento para sí, siendo nulo el testamento del impuber, si nulo fuese el del padre, excepto cuando la nulidad del de éste se fundase en la preterición ó desheredación sin justa causa; pues en este caso, subsiste el testamento del hijo, como subsiste también, cuando siendo el hijo instituido en el testamento del padre, no aceptare la herencia de éste, según la

Ley 22, Dig. de *adq. vel omit. hered*, tit. 2.°, lib. 29. Esta ley y la 44 del lib. 42 del propio Digesto, tit. 1.° de *re judic*, preceptúan que, si el impuber repudia la herencia del padre, se entenderá ésta separada de la del hijo, y el heredero de este quedará únicamente responsable por las cargas y obligaciones del segundo.

En el testamento del impúber puede el padre testador excluir á la madre de aquel de su porción legitima, según se deduce de la Ley 8.ª, párrafo 5.°, Digesto *inof. test.* tit. 2.°, lib. 5.°; pero por la Ley 3.ª, tit. 2.°, lib. 6.°, vol. 1.° de las Constituciones de Cataluña tiene la obligación el padre de disponer de los bienes del impúber provenientes de su madre, á favor de los parientes de ésta dentro del cuarto grado. El adoptante puede también otorgar testamento por su hijo impúber adoptivo, pero sólo podrá darle heredero para aquellos bienes que hubiese recibido de él ó de sus parientes por su causa.

De los fideicomisos.—Sin tratar de hacer aqui una reseña histórica de los fideicomisos en Cataluña ni de su origen, que los autores remontan á la dominación romana, no podemos menos de significar lo arraigada que tal institución se encuentra en las costumbres de este país y en el modo de ser de la familia catalana con relación á sus bienes. Y ¿qué son los fideicomisos? Aquellas disposiciones de última voluntad con las que el testador impone al heredero la obligacion de restituir el todo ó parte del caudal hereditario á un tercero, bien á un plazo determinado ó indeterminado aunque cierto, bien pendiente de algún hecho futuro é incierto. De la anterior definición que del fideicomiso consignamos, pueden deducirse las especies que del mismo se han conocido, que son las de fideicomiso universal y singular, perpetuo y temporal, expreso y tácito, puro y condicional, según que comprenda todos los bienes herenciales ó parte de ellos, que pueda prolongarse hasta lo infinito la obligación de restituir la herencia á las personas llamadas sucesivamente por el testador, ó que sea fijo y determinado el número de grados que alcance, que se consigne clara y terminantemente en el testamento, ó que se deduzca de las cláusulas que en éste se contengan, y que dependa ó no de la realización de algún hecho ó condición.

Sabido es que los fideicomisos perpétuos desde la promulgación de las leyes desvinculadoras no pueden fundarse por declararlos nulos aquellas disposiciones, y que los temporales no pueden pasar de la cuarta generación con arreglo al capitulo 1.° de la Novela, 159 de Justiniano vigente en Cataluña, donde por lo general no acostumbran á pasar del segundo grado.

En el fideicomiso universal, que es el más generalizado en Cataluña, el heredero primer instituído se llama fiduciario, y el llamado en segundo lugar, ó aquel á quien debe restituirse los bienes en su caso, se llama fideicomisario; quedando limitada esta restitución á los bienes que el testador hubiere dejado

al fiduciario, (Ley 114, párrafos 3.° y 6.° Dig. de legat., tít. 1.°, lib. 30, y Sentencias del Tribunal Supremo de 27 Septiembre de 1861, 30 Mayo de 1862, 14 Marzo de 1866, 19 Noviembre de 1868, 8 Mayo de 1882, y otras;) y aún cuando el testador le hubiese ordenado que nombrase por heredero á determinada persona, se entenderá tan sólo de aquellos bienes, sin afectar para nada los propios del heredero (Ley 17. Digesto *ad Senat Cons, Trebell*, tít. 1.°, lib. 36) y que aún habiendo extendido el testador el gravamen de restitución á todo lo percibido de su herencia, no se comprenderán los frutos percibidos por el fiduciario hasta el dia de la restitución (Leyes 57 y 18 pr. y párrafo 2.° Dig. *ad Senad Cons, Treb.*, título 1.°, libro 36); correspondiendo también á éste los frutos percibidos desde el dia en que debía hacer la restitución hasta el en que se la reclame el fideicomisario (Ley 22, párrafo 2.° Dig. *ad Senad Cons, Treb.*, tít. 1.°, lib. 36).

El fiduciario deberá los frutos percibidos y podidos percibir desde luego que se constituya en mora, ó sea desde la reclamación, y es responsable de los daños ó deterioros sufridos por su dolo; debiendo verificar al tiempo señalado por el testador la restitución á la persona designada viviendo ésta y no habiendo renunciado expresa ó tácitamente, pues así lo disponen la Ley 22, tít. 1.°, lib. 36 del Digesto, la Ley 15, tít. 1.°, libro 23 Dig. y Ley 7.ª Dig., tít. 5.°, lib. 34 de *reb. dub.* Cuando al fiduciario se le ha concedido la facultad de elegir entre sus hijos y otros parientes, no puede elegir á estos sin que falten aquellos conforme á lo que previene la Ley 57, párrafo 2.°, tít. 1.°, lib. 36 del Digesto; como según la Ley 67, párrafo 7.°, tít. 2.°, lib. 31, cuando se circunscribe la elección entre algunas personas, si el fiduciario no la designa, se entienden llamadas todas.

El fiduciario tiene el deber de tomar inventario y de conservar la herencia para el fideicomisario, siendo nulas cuantas enagenaciones de la misma haga sin la intervención y aprobación del fideicomisario y haciéndose responsable con sus propios bienes, si de la herencia se incautó sin dicha formalidad; así como tiene el deber de aceptar la herencia pudiendo obligársele á ello conforme á la Ley 4.ª, tít. 1.°, lib 36 del Digesto.

Son derechos del fiduciario el indemnizarse de las mejoras hechas, (Ley 22, párrafo 3.°, tít. 1.°, lib. 36 Dig.) con retención del patrimonio mientras no se satisfagan; el detraer para sí la cuarta parte de la herencia llamada cuarta Trebeliánica siempre que habiendo tomado inventario, no se lo haya prohibido expresamente el testador. (Const. única, tít. 6.°, lib. 6.°, vol. 1.°).

Esta cuarta parte de la herencia que la Ley concede al fiduciario ó primer heredero, no siempre puede detraerse, pues además del caso en que el testador lo prohiba, cuya voluntad es suprema ley, no puede detraerse si por ella se hubiese asignado una cosa determinada aun que no alcanzare ó excediere de dicha cuarta parte; cuando el fideicomiso fuese tan solo de cosa determinada de

la herencia, (Nov. 39, cap. 1.° *in fin*; Inst. párrafos 2 y 9, tit. 23, lib. 7.°): cuando el fiduciario hubiere sido obligado á aceptar la herencia, (Leyes 4 y 14, título 1.°, lib. 36 Dig.); cuando no hubiese tomado inventario á su tiempo, (Constituciones 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. 8.°, lib. 6.°, vol. 1.°); y cuando hubiese restituido la herencia sin deducirla, pues como es potestativo del fiduciario el detraerla cuando la Ley se lo concede, se presume que renunció á dicha cuarta, restituyendo la herencia integra, á menos que dicha restitución la hubiese verificado por error de hecho, en cuyo caso, sin embargo, deberá probar plenamente tal error. (Leyes 12 y 68, tit. 1.°, lib. 36 Dig., *Ad Senat. Consult. Trebel.*)

Si el fiduciario es hijo ó descendiente del testador, según la ley, tiene derecho á la detracción de dos cuartas, la Trebeliánica y la legítima, puesto que como no reconocen un mismo origen, no pueden neutralizarse alegando que la detracción de la una compensa la de la otra; y se comprende, la cuarta legítima es aquella porción à que por ministerio de la Ley tienen derecho, siempre que no hayan sido indignos ó desheredados, los herèderos forzosos, por su cualidad de tales, y la Trebeliánica es otra porción cuarta tambien, que si bien por ministerio de la Ley se concede al heredero fiduciario, no es porque tuviera sobre aquella herencia derecho alguno á priori, como el legitimario, sino en compensación ó especie de renumeración á su cargo de heredero fiduciario y para distinguirlo del mero usufructuario, salvando y respetando siempre la voluntad del testador, que podrá prohibir su detracción tanto al heredero fiduciario extraño, como al legitimario, mientras que á este jamás podrá prohibirle la detracción de la cuarta legitima, pues aun que tal prohibición se consignara en el testamento, se tendria por no puesta. (Decret. cap. 16 de test., y Const. única, tit. 6.°, lib. 6.ª, vol. 1.ª).

Impútase en la cuarta Trebeliánica, y disminuye su valor para la detracción de la misma, todo cuanto el fiduciario hubiese recibido por cualquier concepto del testador, (Inst. párrafo 7.°. tit. 23, lib. 2.°): y los frutos percibidos hasta el dia de la restitución siempre que el fiduciario no fuese hijo ó descendiente del testador, (Leyes 18 y 22, tit. 1.°, lib. 36 Dig., y Ley 6.ª, tit. 49, lib. 6.°, Cod.); mientras que no pueden imputarse en ella los frutos que el heredero gravado ó sus causahabientes hayan percibido desde el dia de la restitución al en que el fideicomisario reclame la herencia, porque se presumen percibidos por negligencia del que debió pedir. Por lo que á esta materia se refiere, merece ser conocida la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de Octubre de 1888, á cuyo fin la trancribimos á continuación.

Fideicomisos.—El heredero fiduciario no puede ceder, gravar perpétuamente ni enajenar los bienes dados en fideicomiso, y si dispone de ellos, los adquirentes son poseedores de mala fe.

Hecho.—Don Francisco Fontanellas falleció bajo testamento en el que

nombró heredero de la mitad de sus bienes á su hijo, D. Lamberto, disponiendo que las hermanas del mismo le sucedieran si moría sin hijos. No teniéndolos D. Lamberto, y ya en edad muy avanzada, vendió á censo los inmuebles de la herencia a D. Juan Casamitjana, contra el cual y después de morir D. Lamberto, dedujo un sobrino carnal del mismo demanda para que se declarase nulo el contrato de venta y se condenase á la parte demandada a reintegrar los bienes objeto del mismo. Estimada tal solicitud por la Audiencia de Barcelona, interpuso Casamitjana recurso de casación, por conceptuar que el fallo infringia:

1.° La doctrina legal derivada de la Constitución 18, tít. 30, lib. 4.°, volumen primero de las de Cataluña, expuesta por los autores, admitida por la jurisprudencia del mismo país y sancionada por el Tribunal Supremo en sentencias de 8 de Noviembre de 1869 y 4 de Febrero de 1874, que concede al heredero fiduciario en el Principado de Cataluña el derecho ejercido constantemente y sin contradicción de constituir censos enfitéuticos, por estimar que la enfiteusis sin entrada lejos de ser una verdadera enajenación ó disminución del patrimonio lo conserva, mejorándolo en cuanto percibe el estabiliente el canon en representación de la renta de la cosa establecida sin los trabajos, gastos y riesgos de su explotación; en el concepto de que la Sala sentenciadora, creyendo equivocadamente que la enfiteusis constituye un verdadero acto de enajenación en el sentido extricto de la palabra, para el cual estaba incapacitado D. Lamberto Fontanellas por su calidad de heredero fiduciario, declara nulo el contrato de establecimiento que otorgó á favor de D. Juan Casamitjana, desconociendo así la sentencia la índole especial de la enfiteusis en Cataluña y olvidando que á los contratos de dicho nombre se debe la riqueza de aquel país, donde han tenido siempre una aplicación general.

2.° La doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en las sentencias de 28 de Mayo de 1864, 27 de Diciembre de 1873 y 3 de Julio de 1876, de que nadie puede ir eficazmente contra sus propios actos...

3.° La doctrina legal establecida también en sentencia del mismo Tribunal de 17 de Abril de 1875 y 11 de Noviembre de 1882, que impiden invocar un contrato como ley obligatoria y rechazarlo como nulo, ó estimarlo vigente en lo favorable é ineficaz en lo perjudicial...

4.° El principio de derecho de que quedan confirmados los contratos hechos por otros cuando aquel á quien perjudican los ratifica bien expresamente con términos positivos...

5.° Las leyes 19, párrafo segundo; 22, párrafo tercero, Digesto, Ad. S. C. Trebel, ley 58, 1.ª de *Leg*, y 40, párrafo segundo, Dig., *De condict. ind.*, según las que corresponde al fiduciario el importe de las mejoras que haya hecho en los bienes hereditarios.

6.° Las leyes 41 y 44, tít. 28, Part, 3.ª, y la jurisprudencia sentada por el

Tribunal Supremo en sus decisiones de 18 de Noviembre de 1868, 29 de Diciembre de 1864, 14 de Setiembre de 1866, 2 de Diciembre de 1870, y 20 de Enero de 1881...

7.° La jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, en su decisión de 30 de Diciembre de 1865, de conformidad con la ley 18, tít. 12, Part. 5.ª, por la que se dispone que las expensas que se hiciesen de buena fe en las cosas ajenas, sin mandato del dueño de ellas, deben ser abonadas al que las hizo en el caso de que las obras hayan sido necesarias ó en utilidad del dueño, cuya infracción resulta en el supuesto declarado en la sentencia recurrida, pero no consentido por los recurrentes de que la finca de que se trata hubiere de considerarse, respecto á ellos de ajena pertenencia;

Y 8.° La Ley 206 del Digesto *De reg. jur.*, por la que no se permite á nadie aumentar su patrimonio con daño é injuria de otro...

Visto, siendo ponente el magistrado don Ricardo Gullón, declara el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso:

Considerando que no es de estimar el motivo 1.° del recurso, porque la Constitución 18, tít. 30, lib. 4.°, vol. 1.° de las de Cataluña no tiene el alcance que se le atribuye, y porque lo declarado en un fundamento de la sentencia que se invoca, de 8 de Noviembre de 1869, se refiere exclusivamente á censos enfitéuticos constituidos por poseedores de mayorazgos en el antiguo Principado para mejora y mayor valía de la vinculación, no es aplicable por las razones que expresa la sentencia, también citada, de 4 de Febrero de 1874, al caso de usufructo, fideicomiso ú otro semejante, y no está en contradicción con la doctrina establecida de que el heredero á quien se impone la obligación de restituir los bienes, no puede disponer de ellos, ni cederlos, ni sujetarlos á gravámenes perpétuos, pues lo contrario equivaldria á erigirle en heredero definitivo é incondicional, perjudicando el derecho de los demás instituidos, infringiendo la voluntad del testador y dando ocasión á pérdidas y desmembraciones en la herencia;

Considerando que la sentencia no infringe las doctrinas alegadas en los motivos 2.°, 3.° y 4.°, porque don Francisco de Lara y Fontanellas, no sólo no ha ejecutado acto alguno que envuelva la ratificación expresa ó tácita en todo ó en parte, del contrato de 30 de Junio de 1880, sino que desde un principio indicó su propósito de impugnarlo, como demuestran la reserva que formuló en las actuaciones del interdicto al contestar á la oposición de Casamitjana y el hecho de haber interpuesto la demanda origen del pleito tan pronto como entró en posesión de los bienes hereditarios;

Considerando que tampoco infringe las leyes y doctrinas á que se refieren los motivos 5.°, 6.° y 7.°, pues además de que por la Sala sentenciadora no se declara la existencia de mejoras, consistiendo la buena fe en el convencimiento que abriga el poseedor de que la cosa pertenecía á la parsona de quien la ad-

quirió, y constando en la mencionada escritura de 30 de Junio que don Lamberto Fontanellas, de avanzada edad á la sazón, estaba obligado á restituir los bienes si no tenia hijos, es indudable que los recurrentes, aún en el caso de que creyesen equivocadamente que en Cataluña podia el heredero fiduciario entregar terrenos á censo, deben ser reputados como poseedores de mala fé, atendido el principio de que la ignorancia del derecho no aprovecha ni sirve de excusa á nadie.

Considerando, respecto del último motivo, que según reiteradamente se ha declarado, el que recibe lo que le corresponde con arreglo á las leyes, no aumenta su patrimonio con daño é injuria de otro.

(Sala 1.ª—Sentencia 30 Octubre de 1888.—*Gaceta* 17 Enero 1889, p. 25 Alc. 123)

El fideicomiso particular es el que se establece por el testador cuando impone el gravamen de restituir alguna cosa determinada de la herencia sin extenderse á su universalidad ni á una parte cuotativa de la misma; y con él pueden ser gravados tanto los herederos como los legatarios, rigiéndose por la doctrina que regula los legados, además de alguna disposición contenida en la Ley 27, tit. 1.º, lib. 36 del Digesto.

Fideicomiso tácito.—Como su nombre lo indica, se deduce la existencia de dicho fideicomiso de las cláusulas contenidas en el testamento, en las que el testador establece ciertas prevenciones ó limitaciones contra el heredero como la de que no pueda otorgar testamento si no tiene hijos, la de otorgarlo á favor de determinada persona, y otras semejantes, de las cuales ha de resultar explicita la voluntad del testador de establecer un fideicomiso, pues no siendo asi, deberá presumirse la libertad que se deduce de las leyes romanas.

Condición tácita de la que se hace depender la eficacia de ciertos fideicomisos.— *Cuando el testador ha nombrado heredero á su hijo con la condición de que después de su muerte restituya la herencia á la persona que le indica debia considerarse como no verificado este fideicomiso si el hijo moria con posteridad.* Asi se consigna en la Ley 30, lib. 6.º, tit. 42 del Código Romano, donde se dice que se hace extensiva á todos los descendientes; como se sienta la misma doctrina en la Ley 102, tit. 1.º del lib. 35 del Digesto, y en la Ley 6.ª, lib. 6.º, tit. 25 del Código: de suerte, que tal fideicomiso, ha de conceptuarse hecho con la condición tácita de que el fiduciario no tenga hijos, porque de otra suerte se *faltaria á la piedad*, decian los romanos, y no ha de suponerse que el testador diera preferencia á una tercera persona en lugar de los hijos ó nietos.

Según opinión unánime de los tratadistas de derecho catalán, este principio está admitido en Cataluña, fundándose en la misma presunción natural en que se fundó el derecho romano, y comprobándolo la cláusula de los *hijos*



puestos en condición, tan comunmente usada en dicho país, que no es otra que aquella con que el testador designa á los hijos de los herederos, haciendo depender de éstos la adquisición de la herencia de una manera irrevocable, en la siguiente ú otra forma parecida: *nombro heredero á mi primogénito Juan, y si éste fallece sin hijos ó con tales que no lleguen á la edad de testar, le sustituyo y heredero mio universal instituyo á mi segundo hijo Pedro: y si éste muriese también sin hijos ó con tales que no lleguen, etc.* Respecto á los efectos é interpretaciones de dicha cláusula, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1865, 16 de Enero de 1866, 21 de Abril de 1866, 24 de Abril de 1867, 5 de Junio de 1874, 15 de Enero de 1878 y otras.

Codicilos.—El codicilo es la expresión menos solemne de la voluntad de una persona que ha de cumplirse después de su muerte. Sabido es que en los codicilos pueden los otorgantes consignar las disposiciones que tengan por conveniente mientras no se refieran al nombramiento de heredero, á las substituciones universales, la desheredación, la revocación de la institución hecha anteriormente, relevación de las condiciones impuestas ó imposición de nuevas, conforme se preceptúa en el tit. 25, lib. 2.º de la Instituta, en el tit. 7.º, lib. 29 del Código Romano, y en el tit. 36, lib. 6.º del mismo Código: cuya forma de disponer *mortis causa* se ha adoptado en Cataluña, no tanto para practicarla en si, como para dejar subsistente el testamento que por sus defectos, como tal no tendria validez en las disposiciones permitidas en los codicilos; asi es que acostúmbrase en general á consignarse en todos los testamentos la cláusula codicilar de que, sino puede valer como testamento valga como codicilo, logrando así la subsistencia de los legados y demás disposiciones que permiten los codicilos, y que la institución de heredero y las sustituciones se sostengan como fideicomisos. El Sr. Durán en su Memoria (pág. 182), estima de tal valor la cláusula codicilar, que juzga debiera haberse extendido como regla de derecho común.

Regulan los codicilos las disposiciones contenidas en el derecho romano, y según éstas, es lícito hacer uno ó varios codicilos en cuanto no se contradigan, los cuales son considerados como apéndice del testamento, pueden ser abiertos ó cerrados, para su validez no necesitan las formalidades internas de los testamentos y pueden hacerlos todos los que tienen la testamentifacción activa, según varias leyes del tit. 7.º, lib. 29 del Digesto, y del tit. 36, lib. 6.º del Código: no obstante, el testamento imperfecto, no vale como codicilo, aun cuando existan en él las formalidades necesarias para estos, sino hubo más intención que la de hacer testamento, según las Leyes 1.ª, 13 y 20 Digesto, tit. 7.º, lib. 29, y la Ley última del tit. 36, lib. 6.º del Código.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Noviembre de 1886, casó y anuló otra de la Audiencia de Barcelona por haberse infringido la Ley 3.ª, párra-

fo último Dig. de *jure cadicillorum*, la 1.ª Cód. de *Codicillis*, el párrafo 2.º de la Instituta *Quibus modis testamenta in firmantur*, y el principio jurídico que ordena que la significación literal de las palabras de las últimas voluntades, es la ley fija é invariable que debe observarse, apoyado en que rigen en Cataluña las leyes romanas que dan al codicilo fuerza de testamento; pues así se colige de los siguientes considerandos de dicha sentencia:

Considerando que al disponer el presbítero D. Ramón Serrés en su codicilo de 30 de Enero de 1841, para el caso de que su heredero muriese sin hijos ó con tales, que no llegasen á la edad de testar, que en vez de la sustitución ordenada en su testamento, era su voluntad que la herencia pasara solamente á Ramón Gaudier y Serrés, disponiendo de ella á su voluntad, con la sola obligación de pagar el legado que determina, es claro que cambió esencialmente la sustitución fideicomisaria condicional, anteriormente establecida en el testamento, limitándola á Ramón Gaudier y Serrés, lo cual pudo hacer válidamente en esta manifestación menos solemne de su última voluntad:

Considerando que la sentencia recurrida, al negar la eficacia de la expresada disposición codicilar, infringe las leyes romanas citadas en el primer motivo del recurso sobre el valor de los codicilos, y sobre la revocación de lo ordenado en un testamento por otro posterior, y las reglas de derecho invocadas en el tercer motivo sobre la inteligencia recta y natural de las palabras del testador.—(Sala 1.ª, sentencia de 16 Noviembre de 1886).—*Gaceta* de 12 de Enero de 1887, p. 20.

Invalidación de los testamentos en Cataluña.—Los testamentos en Cataluña se invalidan por las causas de invalidación del derecho romano, así pueden ser los testamentos nulos, injustos, rotos, irritos, destituidos ó rescindidos, según que su ineficacia sea debida á vicios en las solemnidades internas como la preterición de los herederos forzosos, ó á la incapacidad del testador, en cuyo caso califica el derecho de nulo tal testamento; injusto cuando los vicios atañen á las solemnidades externas, en cuyo caso podrán subsistir por medio de la cláusula codicilar; roto, cuando se ha reconocido algún hijo natural ó ha nacido algún póstumo con posterioridad al otorgamiento; irrito era cuando el testador mudaba de estado; destituido, cuando falta el heredero por no querer adir la herencia, ó haber fallecido y rescindido, cuando se destruye en méritos de la querella de inoficioso, prosperando ésta por injusta causa de desheredación ó preterición.

Respecto á los testamentos especiales, ya digimos al ocuparnos del testamento *ad cautelam* los requisitos necesarios para su revocación, debiendo consignar tan sólo aquí lo que referente á la revocación de los testamentos *inter liberos* establece el capitulo 2.º de la Novela 107 de Justiniano que exije expresa revocación en segundo testamento regular y solemne, conforme con la cual se sentó jurisprudencia en sentencias de 17 de Diciembre de 1860, 23 de



Septiembre de 1864, 11 de Octubre de 1869, 28 de Diciembre de 1874, 18 de Enero de 1879 y 26 de Marzo de 1881.

MALLORCA

Poco queda subsistente respecto de la Legislación especial de Mallorca sobre testamentos: hay, sin embargo, una Ordenación, la 68, en que se manda que los Notarios pongan el lugar donde otorgaron el testamento, con su fecha al principio ó al fin del documento. Y respecto de la lectura, obligación tienen los Notarios de leer dichos testamentos, bastando que se entere de ellos á los testigos, lectura que se hace en un estilo particular, pues cuando se otorga por el mismo testador delante de testigos, no se leen, sino que se les dice por el Notario á los testigos: «Señores: habéis sido llamados para dar testimonio de que este señor ó señora dispuso y ordenó su testamento en mi poder, y que dicho sujeto, estando en su cabal sentido y memoria, os ruega que seais testigos de que otorgó en mi poder dicho testamento y quiere que valga como tal y sino como Codicilo».

También tienen en dicho pais la Ordenación 63, en virtud de la cual los rectores y párrocos están autorizados para recibir la firma de los otorgantes, si bien no usa precisamente esta palabra, sino la de contrayentes, porque aquella Ordenación trata de toda clase de instrumentos en general.

En Mallorca son válidos los testamentos y se sostienen en todas sus partes aunque falte alguna formalidad de derecho, con tal que sea capaz el heredero; y en aquel pàis no se perdia la testamentifacción por el hecho de estar condenado á la última pena, sino que, por el contrario, podia disponer de aquéllos.

Existen las mismas clases de testamentos, comunes y especiales, que por derecho común, siendo bastante frecuente la institución de los fideicomisos y de los codicilos, que se rigen por el derecho Romano. Respecto á fideicomisos, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de Abril de 1889, declaró ineficaz la donación de bienes objeto de fideicomiso, hecho por el fiduciario á un tercero en vida del fideicomisario: como dicha sentencia abarca varios extremos de suma importancia la consignamos á continuación.

Hecho:

(22 *Abril* 1889). D. Juan Miró falleció bajo testamento otorgado en 1819, por el cual sustituyó á sus hijos, los unos por los otros, para el caso de que respectivamente fallecieran sin descendientes, estableciendo la preferencia por orden de sexo y edades y comprendiendo en los últimos llamamientos á Damián, María Antonia, Catalina, Juana, Margarita y Rita. Cumplióse el fideicomiso hasta D. Damián, al cual premurió su hermana D.ª María Antonia, que dejó hijos.

Después falleció sin ellos D. Damián, y entraron á la posesión de los bienes del fideicomiso los hijos de D.ª María Antonia. D.ª Juana casó con D. José Amat, y al concertar su matrimonio, hizo al esposo donación absoluta de todos sus bienes presentes y futuros, reservándose el usufructo vitalicio de los mismos y la facultad de disponer de la quinta parte de ellos. Así las cosas, Amat promovió pleito, que por fallecimiento del actor continuaron sus herederos, contra los hijos de D.ª María Antonia, en súplica de que se les condenase á la devolución de los bienes constituidos en fideicomisario por D. Juan Miró, alegando que, como la madre de los demandados murió antes que D. Damián, no pudo realizar, ni menos transmitir su derecho, y correspondía suceder á D.ª Juana, como sustituta, de la cual era cesionario Amat, mediante la donación, y por fallecimiento de éste sus herederos. Impugnada la demanda, el Juez de la Catedral, de Palma de Mallorca, dictó sentencia absolviendo al demandado don Juan Palou, hijo de D.ª María Antonia Miró, de la demanda «interpuesta por D. José Amat y Zauini, y remitidos los autos á la Audiencia del territorio, en virtud de apelación que dedujeron los herederos de Amat, sustanciada en alzada, dictó sentencia la Sala de Justicia, revocando la del Juzgado, y declarando que por háber fallecido sin hijos D. Damián Miró y por haberle premuerto las hermanas comunes D.ª María Antonia y D.ª Catalina, corresponde á su otra hermana D.ª Juana María Miró, la sustitución ordenada por D. Juan Miró y Ballester en su testamento, y en virtud de la donación otorgada por dicha doña Juana María, hoy á los herederos del donatario, en cuanto á los cuatro quintos donados; y condenando en su consecuencia á D. Juan Palou y Miró, á entregar en el término de diez días, con la indicada limitación, á los causa habientes de D. José Amat la porción de predio San Nicolau, destinado al cubrimiento de la mencionada sustitución con los correspondientes frutos, etc...

D. Juan Palou y Miró interpuso recurso de casación citando en su apoyo como infringidos:

... 2.º En cuanto la sentencia manda que los bienes que comprende el fideicomiso en cuestión sean entregados á los herederos ó causa habientes de D. José Amat, la cosa juzgada, y en relación con ella la Ley 19, tít. 22, Part. 3.ª y la doctrina de que la sentencia es firme en cuanto aquel á quien perjudica alguno de sus pronunciamientos, no utiliza en tiempo y forma los recursos legales, puesto que según la misma Audiencia reconoce, el fallo absolutorio de primera instancia, quedó consentido por parte de D.ª Juana María Miró; el principio de derecho de que en las donaciones, como en todos los contratos, la voluntad de los otorgantes es la ley que debe cumplirse, por cuya razón, habiéndose reservado D.ª Juana María Miró el usufructo de los bienes que donó á su marido, no pueden en vida de la usufructuaria reclamarlos los herederos de este último, una vez consentida por aquella la sentencia absolutoria de primera instancia; y el precepto establecido entre otras leyes, en la segunda, *Ins-*



tituta de fideicomisariis hæreditatibus, y 14, tít. 5.°, Part. 6.ª, según el que el heredero gravado con el deber de restituir, nó puede disponer de los bienes; pues estos deben pasar al sustituto, y viviendo D.ª Margarita Miró, no pudo la donación de D.ª Juana María trasmitir á su marido parte alguna de los bienes del fideicomiso...»

El Tribunal Supremo, siendo ponente D. Alejandro Benito, casa y anula la sentencia recurrida:

«Considerando que el título que ostentan los herederos de D. José Amat, hoy recurridos, y en que se apoya la sentencia para declarar que les corresponden los bienes de la institución fideicomisaria de que se trata en este pleito, consiste en la donación que hizo doña Juana María Miró, en 1.° de Mayo de 1863, de todos sus bienes á D. José Amat, en contemplación al matrimonio que iban á celebrar, para cuando éste se realizará;

«Considerando que tanto en aquella fecha como en la que se entabló la demanda, la doña Juana no tenía la propiedad ó libre disposición de los bienes del fideicomiso, y por consiguiente no podía donarlos sujetos como estaban al gravamen de restitución á favor de otra persona que entonces vivía, que era su hermana doña Margarita.

«Considerando, por otra parte, que doña Juana se reservó, además, del quinto el usufructo de todos los bienes que donó á su marido, por cuya razón ni ésta ni sus herederos podían reclamarlos, aun dada la validez de la donación, hasta el fallecimiento de aquélla, y no constando que haya llegado el caso, ni habiéndose alzado la doña Juana, de la sentencia de primera instancia que absolvía al demandado y quedaba, por lo tanto, firme para ella, es evidente que D. José Amat ni tuvo derecho propio para reclamar los bienes de la institución fideicomisaria ni pudo por lo tanto transmitirlo á sus herederos, y que la sentencia recurrida, al declarar que pertenecen á los demandantes, hoy recurrentes, y que se les entregasen en el término de diez días, infrinje la ley 19, tít. 22, Part. 3.ª, y la doctrina de que la sentencia es firme en cuanto á aquel á quien perjudica alguno de sus pronunciamientos no utiliza en tiempo y forma los recursos legales del principio de derecho de que en las donaciones, como en todos los contratos, la voluntad de los otorgantes es la ley que debe cumplirse y las leyes 2.ª, Instituta de *fideicomisariis haereditatibus*, y 14, título 5.°, Part. 6.ª, según las que el heredero gravado con el deber de restituir no puede disponer de los bienes; cuyas disposiciones legales y doctrina se invocan en el segundo motivo del recurso.»—(Sala 1.ª, Sentencia de 22 de Abril de 1889.—*Gaceta*, 28 de Julio, pág. 45).

NAVARRA

En aquella región aforada hay que atender á los varios orígenes de sus leyes sobre esta materia, pues unas son verdaderas disposiciones propias dedu-

cidas de su fuero, otras proceden de Leyes recopiladas, y muchas, la mayor parte, de su derecho supletorio, que es el romano.

Examinando con alguna detención aquellas disposiciones, es preciso para metodizar aquellas leyes, empezar por presentar todas las que tiendan á demostrar la capacidad del testador.

Pueden testar los que no tengan prohibición para ello, y varios son los que la tienen, según el Fuero. El menor de siete años, ó sea el infante, privado está de la testamentifacción, mas, según el cap. 13, tit. 4.°, lib. 2.° del Fuero, aquel que fuese mayor de siete años puede hacer testamento; si bien en el cap. 1.° del Amejoramiento del Sr. Rey D. Felipe, mejoró el Fuero declarando que de allí en adelante, ningún *fijodalgo*, ni otro ninguno de su reino, tuviera poder de hacer testamento hasta la edad de catorce años cumplidos el varón y doce la mujer, desde cuya edad, cumplida que sea, pueden disponer de cuantos bienes les correspondan sin licencia ni dependencia de sus padres, porque en Navarra no se conoce otra patria potestad que la natural.

En cuanto al incapacitado, se observa la doctrina de que el imbécil, el loco y en general cualquiera que padezca ó sufra enfermedad que produzca delirio, fuera de los intervalos lúcidos que pueda tener, carece de entendimiento, de juicio y de memoria, y por ello no se le conceptúa con facultades para testar.

En cuanto al sordo-mudo, hay que diferenciar al que lo es por naturaleza y el que lo es por accidente ó enfermedad contraída durante la pubertad; pues el que por este concepto tuviera tal defecto y supiera escribir, podría hacer testamento escribiéndolo por sí mismo.

Tampoco en Navarra puede hacer testamento el pródigo á quien judicialmente se haya declarado incapacido para administrar sus bienes, como no lo puede hacer el condenado á muerte civil ó natural, por cuanto la Ley 4.ª de Toro, en que se concedía tal derecho, no es aplicable en Navarra.

Diferentes clases de testamentos tienen lugar también en Navarra, si bien esencialmente se ve en todas ellas dominante el principio de unidad que sentaba el derecho romano en las últimas disposiciones, lo cual no tiene nada de particular, por cuanto todos sabemos que la fuente y origen de la legislación Navarra, no es otra que el derecho romano, en donde la unidad del testamento se llevaba hasta la exageración; así es que, si se encuentra en aquel derecho foral alguna variación que le distinga de su origen, será tan sólo en cuanto á la manera especial de ordenar sus últimas voluntades.

Conócense en Navarra testamentos nuncupativos, testamentos cerrados, y testamentos especiales.

En el nuncupativo el Fuero dedica varios capítulos á su otorgamiento, cuya doctrina sintetizada queda en las siguientes reglas:

1.ª Los testamentos nuncupativos podían otorgarse con carta ó escritura ó sin ella.

2.ª Estas cartas ó escrituras de testamento no tenian carácter de instrumentos públicos, suficientemente autorizados en si mismos, y en sus solemnidades intrinsecas y extrinsecas para que hiciesen por si solos una prueba plena.

3.ª Los testamentos escritos de que habla el Fuero Navarro, realmente no tenian más autorización que los que se otorgaban sin escribirse, y unos y otros necesitaban ser probados del modo que el mismo Fuero dispone.

4.º Para la solemnidad de los testamentos se requerian cabezaleros y testigos rogados y otorgados, y estos habian de tener ciertas y determinadas calidades.

Y 5.ª Se determina, por último, en el Fuero, quienes eran los que por su edad podian ó no testar.

Trátase de la manera de atestiguar y probar el testamento, y de cómo la escritura bastará para probarlo, en los capítulos 3.º y 9.º, tit. 10, lib. 3.º del Fuero Navarro, y dicese con este motivo que cuando alguno está enfermo y hace un testaménto sin escrito ante cabezaleros, el testamento es válido, probándolo los cabezaleros, según el Fuero; según cuya disposición, lo que los cabezaleros dijeren, aunque no haya carta escrita de testamento, es válido, reduciéndose á testimonio su declaración con testigos.

El capitulo 2.º del expresado titulo y libro, declaraba que si el infanzón estaba enfermo, aunque muchos oyeren su testamento, sólo son cabezaleros aquellos á quienes se encarga por su nombre que lo sean y ellos lo otorgasen, pero como hoy esa diferencia de clases ha desaparecido, y además la Ley del Notariado y la Instrucción sobre redacción de instrumentos públicos es de general aplicación lo mismo á las legislaciones aforadas que á las no aforadas, nos excusamos de detenernos á tratar de este particular que naturalmente en desuso debe encontrarse.

Trata el capitulo 4.º del mencionado titulo y libro del Fuero, de que cuando alguno está enfermo ó sano y hace escribir su testamento, para que valga, muy principalmente si hay alguno que lo contradice, deben los cabezaleros acudir á la puerta de la iglesia, y leerla á presencia del reclamante y de los otros hombres buenos, dando testimonio de ser aquella la voluntad del testador; lo cual debia hacerse bajo la fórmula legal siguiente: *Nos testimoniamos en esta guisa delante de Dios y sobre nuestras ánimas, que fulan que es muerto, delante nos mantó, é hizo escribir el testamento de esta guisa, y rogónos y nos estableció por cabezaleros*; *esto dicho, el testamento queda confirmado, pues los cabezaleros por fuero non facen otro sagramiento*, ó sea *juramento*.

Ocúpase el capitulo 5.º, que corresponde á la Ley 4.ª de la Recopilación y compilación Navarra, en completar lo preceptuado en la disposición anterior, y para ello dispone que: *si los testigos ó cabezaleros estuvieren enfermos y no*



pudieren ir á la iglesia, porque se sabe que tres dias hacia que no iban, pueden dar su testimonio en el lecho; más si son sanos, á la puerta de la iglesia de espaldas á la pared, deben decir á Dios y á sus almas, pues cabezaleros non han otro sagraimiento, mas los testigos deben jurar; distinguiéndose asi los cabezaleros de los testigos en que éstos últimos prestaban juramento.

Esta misma distinción la hizo tambien el cap. 2.º del Amejoramiento, al declarar que todo hijodalgo, ó cualquier otro hombre que tiene poder de hacer testamento, puede hacer su disposición donde quiera que sea, y nombrar por cabezaleros sobre cabezaleros, y testigos, hombres buenos que elija de cualquier condición. La eficacia y validez del testamento dependia del dicho de los cabezaleros, en tal manera que, si uno moria, bastaba el testimonio del otro, y si los dos hubieran fallecido. era nulo el testamento sino habia escritura. Eran precisos los testigos para garantir el acto del testimonio de los cabezaleros en los testamentos otorgados en grave peligro de muerte; estos testigos debian ser rogados, pues tal condición se exigia en todos los Códigos antiguos, aunque nada decia sobre ello el Fuero.

Los capitulos 7.º y 9.º del mencionado tit. 20, lib. 3.º, prescriben que todo hidalgo debia testar en su tierra, y sólo podian hacerlo fuera cuando estuvieran en guerra ó en romeria con su señor. También podian testar en despoblado por muerte repentina ó por herida, pudiendo ser cabezalero todo hombre bueno ó buenas mujeres, y el capellán, y debian valer testigos de más de siete años de edad; observándose la particularidad de que, si el testigo fuese Parroco, valia por dos, y lo mismo sucedia con el clérigo no estando difamado.

Cuando muriere alguno bajo testamento de su tierrra, dejando heredad á un extraño de su pueblo, este heredero debe reclamar sus derechos y llevar los cabezaleros ante el Alcalde, y segun el Fuero de la comarca donde estuvieren situados los bienes; cuyas disposiciones fueron reformadas por el cap. 2.º del Amejoramiento, que declaró válidos los testamentos donde quiera que fuesen hechos, y con cualesquiera que fuesen los cabezaleros y los testigos.

En la Ley Recopilada se vé la confirmación, en parte de lo que sobre esta materia dispone el Fuero general Navarro; asi es que, estudiada la Ley 10, titulo 13, lib. 3.º de la Novisima Recopilación Navarra, se ven en ella prescripciones diversas que hoy ya no pueden conservar su fuerza y vigor, por cuanto como hemos dicho antes, teniendo carácter general la Ley del Notariado y la Instrucción sobre redacción de instrumentos públicos, inserta esta en el segundo tomo de esta obra con las modificaciones de que ha sido objeto, no puede tener fuerza ni vigor aquel ritualismo del Fuero Navarro, por cuanto el Notario, lo mismo en Navarra que en Aragón, en Cataluña que en Castilla, ha de cumplir lo que las leyes generales del Reino prescriben: sin embargo no estará de más que hagamos algunas ligeras indicaciones acerca de como hacian

en Navarra las disposiciones testamentarias, cuando sólo al Fuero y á la Recopilación Alfonsina se atendia para su otorgamiento.

En falta de Escribano real que testifique los testamentos, podian otorgarse en presencia del cura ó de otro clérigo y dos testigos, en tal manera que tuvieran validez; y si tampoco se dispusiese de clérigo, que puedan otorgarse delante de tres testigos que no sean parientes de los que tuvieran interés en el testamento, ni ellos mismos lo tengan, si bien debian ser vecinos del que así declarase su voluntad por escrito ó de palabra, y debia exigirse que la manifestación fuese hecha con palabras dispositivas, haciendo ver que aquella era su última disposición.

Mas hay que comprender que lo que nosotros viendo estamos, respecto de lo embarazoso del ritualismo foral, lo vieron ya en cierta época la mayor parte de las regiones aforadas, y convencidos de que una modificación se imponia, hubieron de aclarar aquellos conceptos y aclarados fueron siguiendo su observancia bajo cierto aspecto, hasta que las leyes procesales y de fórmulas genéricas para la constitución de los instrumentos públicos pusiéronse en observancia para toda la peninsula. Y en aquellas modificaciones que tanto aclaraban los conceptos de la sucesión testada, dividióse el otorgamiento de testamentos en Navarra en tres clases: Una principal y dos supletorias. La principal manera de hacer testamentos, era la del otorgamiento ante Notario y dos testigos que presenciaran el acto; el segundo era el que tiene lugar cuando no pudiendo ser habido el Notario, se otorga ante el cura del pueblo ú otro clérigo y dos testigos; el tercer sistema de testar es el que se efectúa ante tres testigos de las calidades que la ley expresa, si no se hubiere encontrado ni cura párroco ó clérigo ante quien otorgarlo en la manera indicada; comprendiendo perfectamente, por lo que dejamos expuesto, que en el primer caso, ó sea en el principal modo de otorgar el testamento no se necesita el abonamiento que es indispensable en lòs demás, puesto que autorizado como está por el Notario con dos testigos, tiene todos los caracteres de una verdadera escritura pública con la autenticidad y valor de los instrumentos de su clase, mientras que en los otros dos es indispensable para su eficacia el abonamiento como diligencia que los integre y complemente.

El abonamiento en Navarra es un equivalente á la adveración en Aragón, y por lo tanto, puede conceptuarse como una especie de juicio que se tramita para elevar á la clase de instrumento público las últimas voluntades de manera especial constituidas, dándoles un valor y una autoridad de que por su propia constitución carecian.

El Fuero Navarro considera necesario el abonamiento, mas careciendo de formalidades suficientes para efectuarlo, al objeto de dar garantía de autenticidad al acto leyes posteriores se dieron para que desapareciera tal defecto; así es que en la Ley 8.ª, tit. 13, lib. 3.º de la Novisima Recopilación Navarra

50

dada en Pamplona en 1580, se dispuso que los abonamientos, conforme al Fuero y al derecho, se hicieran en lo sucesivo ante los alcaldes de su jurisdicción ó los más cercanos, citando y llamando á los que hubieren de suceder abintestato y á los interesados, y siendo nulos y de ningún valor ni efecto los abonamientos que se hicieran de otra manera; mas después de haberse establecido los Juzgados de primera instancia, ante estos deben entablarse y tramitarse tales abonamientos, y no ante los Alcaldes, que perdieron su jurisdicción para ello; y si bien no se determinó en la referida ley dentro de qué términos debían abonarse los testamentos ni la forma en que debia despacharse la citación para los interesados, la ley posterior, ó sea la 9.ª del mismo título y libro publicada en la referida ciudad de Pamplona el año 1642, ordenó que dichos abonamientos se hiciesen dentro de un año desde la muerte de la persona que otorgó el testamento, que los edictos que se despachasen para citar y llamar á los interesados se fijasen en las puertas de la iglesia del lugar donde dicho abonamiento se hiciere, y en las casas del ayuntamiento y ciudad, y en los lugares donde les hubiere, por término de treinta dias; y que pasado dicho término y no antes, el cura ó sacerdote que escribió dicho testamento y los testigos que se hallaron presentes, rindan sus oportunas declaraciones acerca de su otorgamiento; siendo nulos los testamentos que de la segunda y tercera clase no se abonasen de la manera que queda dicha.

Cuando aparecieren defectos en el testamento ó cuando se impugnaren las declaraciones del cura, clérigo ó testigos, se seguirá el juicio correspondiente á instancia del que tal oposición hiciere á su validez, cuyo juicio se tramitará en forma legal hasta dictar sentencia en la que se declare haber ó no lugar al abonamiento.

Testamento cerrado en Navarra.—Cierto es que la ley 10, tít. 13, libro 3.º de la Novísima Recopilación Navarra, previene que los testamentos que carezcan de los requisitos en la misma preceptuados sean ineficaces, mas no debe suponerse que tal prescripción se refiera en manera alguna á los testamentos cerrados escritos, tanto es así que en la expresada ley hubo de aclararse el capítulo 2.º del Fuero antes citado, en sentido de que realmente tal prescripción se contrae al testamento nuncupativo, y no podía extenderse al escrito.

Se llama cerrado el testamento de que nos ocupamos, no sólo por que después de escrito se cierra dentro de una carpeta sobre la cual firma el testador, el escribano y siete testigos, sino porque realmente se reserva á las miradas de todos, no conociéndose la última voluntad así dictada hasta que llega el día del fallecimiento del testador y la apertura de tal documento.

Aunque expresamente no se determina que haya escribano que intervenga, tácitamente se da á entender la conveniencia de su intervención, puesto

que la ley recopilada preceptúa que donde no pueda haber escribano concurra el párroco ú otro clérigo y dos testigos, manifestación que por más que se refiera á los testamentos nuncupativos debe considerarse extensiva á los escritos, pues cuanto tienda á la garantía de las últimas voluntades aceptarse debe como bueno. Generalmente, el testador debía saber leer y escribir para la eficacia de los testamentos cerrados, así como los testigos; pero si el testador no pudiere ó los testigos no supieren pueden firmar otros á su ruego, de modo que en todo caso aparezcan ocho firmas que son precisas para estos testamentos.

Si el testador no supiere firmar, no podrá otorgar testamento escrito aunque concurra escribano; pero con la existencia de éste podría obtener eficacia como nuncupativo.

Cuando los testadores deseaban guardar en secreto ó reservarse la facultad de alterar alguna parte del testamento sin revocarle ni otorgar un codicilo, se valía de las cédulas ó memorias testamentarias introducidas por la práctica como apéndice ó suplemento del testamento; cuyas cédulas, según lo por la jurisprudencia establecido, debían cumplirse cuando se encontraban en la forma que resultaba del testamento y no ofrecía duda su autenticidad, pues así lo decidieron varias sentencias del Tribunal Supremo entre otras la de 13 de Septiembre de 1873; en todo lo cual eran las mismas las doctrinas en Navarra observadas respecto á dichas memorias, que las que se venían observando en las regiones no aforadas.

Como á veces los testadores ordenaban en Navarra algunas causas pías en sus testamentos, cuyas causas pías habían de hacerse por sus ánimas, lo cual no se ejecutaba por no haber quién diese noticia de lo ordenado, la ley 11, título 11, libro 2.° de la Nov. Recop. de 1567, ó sea la ley 2.ª, tít. 1.°, libro 4.° de la Recopilación Alfonsina, declara que el Notario ó Escribano que recibiere tal testamento está obligado á dar traslado dentro de dos meses á los rectores, parroquianos ó sus vicarios, pagándoles su salario á costa de los bienes del difunto sin que lo pidan, so pena de cuatro ducados por cada vez que en esto fuere negligente, la tercera parte para el acusador, la otra para las obras pías, y la otra para el Fisco, de cuya manera trató de remediarse el abuso que se cometía en daño casi siempre de las almas y de las conciencias, matando las creencias de aquel país y llevando el excepticismo más perjudicial entre sus benévolos moradores.

Tratan algunos de sostener que tanto en Navarra como en otros países aforados subsisten ciertos testamentos especiales como el militar, más esto sólo puede asegurarse por el más completo desconocimiento de la Constitución actual de nuestra Nacionalidad. Si España no es ya, como fué en otro tiempo, un conjunto de pequeños reinos con vida propia, administración distinta, fuerza diversa, ¿será posible, que pueda iniciarse siquiera el extraordinario disparate de tratar del testamento especial de un militar en avarra ó cual-



quier otro país aforado, de los que hoy están dentro de la unidad nacional que constituye el Estado Español?

La contestación es de buen sentido.

Del testamento del ciego en Navarra.—Un testamento especial que en Navarra debe conceptuarse en vigor es el del ciego, porque así lo ha declarado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias muy especialmente en la de 24 de Diciembre de 1867; pues realmente en aquel país hay leyes especiales como la 10, tít. 13, lib. 3.° de su Fuero, y otras que establecen que los navarros pueden testar ante el escribano ó el párroco y dos testigos, ó en presencia de tres testigos; y sería ridículo por demás, que pudiendo en Navarra testar cualquiera en forma tan sencilla, se exigieran más formalidades á los que más hay que compadecer, y á las personas que por sus desgracias debe facilitarse más el cumplimiento de la ley; y como donde la ley no distingue, los Tribunales no deben distinguir, no puede menos de ser válido el testamento del ciego hecho en aquel país ante un Notario y dos testigos, sin que sea lógico ni razonable el indicar siquiera que quepa discusión formal acerca de si debían observarse como supletorias del derecho navarro las reglas del derecho romano, por virtud de las que se exigiría la concurrencia de siete testigos. No, el Tribunal Supremo ha declarado que, si bien la Ley 1.ª, tít. 3.°, lib. 1.° de la Novísima Recopilación de Navarra, preceptúa que los pleitos, á falta del Fuero y leyes de aquel antiguo reino, se juzguen por el derecho común, no puede acudirse á éste cuando el aforado tiene leyes originarias á las que está sujeto.

Testamento de hermandad en Navarra.—Llámase así al testamento que con la solemnidad y las formalidades prescritas en la ley para los del orden común, otorgan marido y mujer ú otras personas que se conciertan en este modo de disponer de sus bienes. Testamento del cual trata el Fuero como exclusivo entre marido y mujer, si bien la ley recopilada expresaba que podían otorgarlo los demás. Se exigen los mismos requisitos que para los testamentos comunes, pero se ve en ellos las mismas dificultades que hemos indicado al tratar de la legislación común respecto de la revocabilidad, que naturalmente se presenta más difícil, por cuanto de la misma manera que ese testamento de hermandad supone concierto ó acuerdo para, según él, expresar la última voluntad de los convenidos, se hace indispensable la misma conformidad de estos, aun que en sentido contrario, para el desestimiento uniforme de aquella volición expresada con las formalidades legales á fin de disponer de los bienes de aquellos que entraron en la hermandad con tal objeto.

Si marido y mujer hacen testamento de hermandad, muerto uno de los otorgantes no puede el sobreviviente revocarle: esto dice el Fuero de Navarra en su lib. 2.°, cap. 4.°, tít. 4.°, (cuyas disposiciones consignadas quedaron tam-

bién en la Ley 22, tit. 3.º, lib. 1.º de la Nov. Recop. de Navarra, conocida así mismo bajo el nombre de Recopilación Alfonsina), y esto que lógico es se prescriba, por cuanto habiendo fallecido uno de los que otorgaron el testamento de hermandad, imposible es ya la mútua disconformidad de aquello que mutuamente se acordó, constituye uno de los más graves inconvenientes del testamento de hermandad, bajo cuya forma de testar se le quita á la última voluntad el carácter de ambulatoria que por su naturaleza tiene y debe tener toda disposición testada: así es que el mismo Fuero Navarro reconoce que, muerto uno de los testadores de hermandad, pierde la facultad de revocar tal testamento el sobreviviente, aun que viviendo ambos están autorizados para enmendarle y mejorarle si bien les pareciere.

Conocido este defecto, procuróse conciliar la libertad de los cónyuges con el compromiso adquirido al disponer mancomunadamente de sus bienes; y para evitar pleitos, resolvióse dictar reglas relativas á la revocabilidad que resolvieron muchas dudas. La Ley 41 de las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766 (ó sea la 23 de la Recopilación Alfonsina), sobre la inteligencia que ha de darse al cap. 4.º, tit. 4.º del lib. 2.º del Fuero, propuso que se estableciera y declarase que en adelante el testamento de hermandad, de marido y mujer, ó de cualquiera otras personas, muerto uno de los otorgantes, no se pudiera revocar por el sobreviviente, aún en cuanto á sus propios y privativos bienes, y que viviendo los otorgantes, tampoco se pueda revocar por ninguno de ellos sin concurso de todos; de modo que de la misma conformidad que se otorgó, deba revocarse, y no de otra suerte, so pena de que cualquier testamento que en otra forma se otorgare, sea nulo, de ningún efecto, quedando válido y subsistente, y en su fuerza y vigor el que de conformidad se hizo.

Pues bien, en virtud de tales peticiones, se decidió que cualquiera de los cónyuges pueda revocar, en vida de ambos, el testamento de hermandad, en cuanto á sus propios bienes, con noticia y sabiduría del otro cónyuge; pues lo contrario producía algunos inconvenientes, y echaba por tierra los principios de la libertad y la revocabilidad de las últimas voluntades.

Pero esa disposición también ofrece sus inconvenientes, siendo el más principal el del modo de dar, y privar caso necesario, ese conocimiento, requisito indispensable para que tal revocación surta sus efectos. Diferentes modos proponen los autores, pero nosotros creemos que la manera más formal y seria es la notificación por medio del mismo Notario ante quien se otorgó el testamento de hermandad, en cuyo protocolo debería hacerse constar por nota la revocación y notificación á la otra parte, respecto de la cual quedará el testamento subsistente hasta que cambie aquella de disposición, pues los avisos particulares, las cartas y sus contestaciones no revisten el carácter de formalidad que deben revestir á un acto de tal naturaleza, y tan solemne como es el cambio de testamento.

Mas todos están conformes en que muerto uno de los otorgantes el sobreviviente no podrá revocar el testamento disponiendo de sus propios bienes, si la institución se hubiera hecho en favor de tercera persona; puesto que no cabe duda que, si la institución hubiese sido mútua entre los otorgantes, el sobreviviente podria disponer de todos los bienes tanto de los procedentes del cónyuge premuerto como de los que ya le pertenecian. Asi es que aquella prohibición no puede considerarse como absoluta, sino que dentro de lo racional y lógico se le deja en libertad al testador para disponer de sus bienes, aún en los casos de hermandad; lo cual se ve confirmado en varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, la de 27 de Marzo de 1888.

Testamento por Comisario.—En Navarra su legislación especial no autorizó el poder para testar; y como la legislación romana que es supletoria del derecho originario en aquel pais, sostuvo el principio de derecho de que la testamentifacción activa es personalisima y no puede encomendarse á otro, de aqui el que en Navarra no se tenga como valedero el testamento por comisario, mucho menos si se tiene en cuenta que en aquel pais no tienen fuerza ni autoridad la ley 7.ª, título 5.º, libro 3.º del Fuero Real, ni las leyes de Toro, donde tuvo su origen y desenvolvimiento tal testamento por comisario.

Codicilos en Navarra.—No busqueis en el derecho originario de aquel pueblo, cosa alguna sobre codicilos; más, como el derecho romano alli supletorio los establecia, de alli su uso en Navarra, si bien no en la manera que se seguia en Castilla donde según la ley 3.ª de Toro, fueron unos verdaderos testamentos en sus formas externas, toda vez que habian de reunir los mismos testigos que el nuncupativo; sino que es el codicilo para los navarros una disposición menos solemne tal cual la ley romana lo regula en sus limitaciones y efectos.

Testigos para los testamentos en Navarra.—No hay disposiciones especiales respecto de tales testigos, sino que, atemperándose á las máximas y principios de derecho se observa que, en los testamentos otorgados ante Notario, el párroco ú otro clérigo, la mujer no puede ser testigo, si bien en caso de muerte repentina en yermo ó despoblado era admitido su testimonio.

No podian tampoco ser testigos los menores de catorce años, aunque en los casos excepcionales que acabamos de indicar, pudieran serlo los mayores de siete años.

Como no se reputan vecinos más que los constituidos en cabeza de familia, no pueden ser testigos en Navarra ni aun los mayores de catorce años siendo hijos de familia en los testamentos otorgados ante tres testigos por falta de notario párroco ó clérigo, puesto que para tales testamentos la ley exige que



los tres testigos sean vecinos del pueblo donde se otorguen, y los hijos de familia no tienen tal vecindad.

Por incapacidad física, no pueden ser testigos en Navarra, los mudos, los sordos y los ciegos; porque, si en los testamentos escritos deben ver oir y declarar sobre su otorgamiento, mal pueden ejercer tales funciones los sordos y mudos; y si en los testamentos abiertos han de entender, percibir y declarar sobre la voluntad del testador, imposible es que tal hagan los que ni oyen, ni ven, ni hablan por los defectos físicos que padecen.

En cuanto á los locos, solamente podrán ser testigos en intervalos de perfecta lucidez, si bien aventurado será las más veces tal testimonio.

Otras incapacidades para testificar había en Navarra, como la de los traidores, apóstatas, ladrones, homicidas, etc., pero aunque esto dice mucho en pró de las buenas costumbres que en lo antiguo conservaron algunas regiones españolas, hoy es algo problemático cuanto se diga acerca de ciertas incapacidades nacidas de la indignidad; porque los adelantos modernos, con una torpe é inconsciente exageración, han llevado ciertas ideas de igualdad y horror á la pena hasta el extremo de confundir la gente de mal vivir, falaz y engañadora entre las personas honradas; no queriendo comprender que la sociedad digna debía rechazar con asco y con desprecio á los indignos.

No pueden ser testigos los herederos ni los fideicomisarios ó testamentarios universales nombrados para distribuir los bienes del difunto; si bien los legatarios y los fideicomisarios ó testamentarios particulares, podrán serlo del testamento hecho ante Notario, y, en defecto de éste, ante párroco ó clérigo. No pueden serlo los parientes de los herederos ni los de los legatarios; ó de aquellos en cuyo favor el testador hubiese hecho cualquier institución, manda ó mejora; por cuanto la ley excluye expresamente á los primeros, y genéricamente á todos los que tuvieren interés en el testamento.

Discútese mucho si en Navarra el Notario que autoriza un testamento cerrado podrá ser instituido en el mismo, y aunque en términos generales está prohibido al Notario autorizar un testamento cerrado en que se le instituya heredero, su validez debe depender de la demostración que hiciere de que no conocía el contenido de tal disposición.

De todos modos, los testigos han de ser vecinos, á ser posible, del lugar del testador ó del en que se otorga el testamento; y sólo en el caso de ser acometido el testador de muerte repentina en yermo ó despoblado, ó de ser herido, podrá ser testigo todo hombre bueno ó mujer buena ó capellán, y los menores de edad siempre que tuvieren siete años cumplidos.

En Navarra, hemos indicado ya, que cuando no hubiera Notario, ni párroco ó clérigo disponibles, puede uno testar ante tres testigos, si no son parientes ni criados de los herederos ó personas que tuvieran interés en el testamento; y jamás deberán dejar de ser *llamados y rogados*, lo mismo en los testamentos

escritos ó cerrados que en los nuncupativos ó abiertos; pues así lo establece, respecto á los primeros, el derecho común, y en cuanto á los segundos el Fuero en su cap. 2.°, tit. 20, lib. 2.°, expresándose hasta la fórmula del ruego y la promesa del testigo, desde la cual quedaba obligado á prestar bajo juramento declaración, siempre que fuese necesario probar la existencia del testamento, respondiendo también hasta de los daños y perjuicios que por su incomparescencia resultasen.

Además, los testigos deben oir y ver al testador, hasta en tiempo de epidemia; han de estar perfectamente enterados del testamento abierto, y del otorgamiento del cerrado, y han de estar presentes en todo el acto esencial de la última disposición.

Sorprende á muchos que la Ley recopilada de Navarra nada diga de que los testigos sean llamados y rogados; pero teniendo en cuenta que la Recopilación Alfonsina se dió para aclarar las prescripciones del Fuero, no debe chocar, que al ocuparse de las solemnidades de los testamentos, omita el tratar de lo que tan claro y explicito como el llamamiento y ruego de los testigos se halla en el Fuero.

Testamentos en Vizcaya.—Trata de los testamentos el tit. 21 del Fuero de Vizcaya, al propio tiempo que de las mandas y de los abintestatos, haciéndolo muy extensamente de estos dos últimos puntos de derecho, de una manera desproporcional á la que de ocuparse tiene relativamente á los primeros, y con una confusión que desdice del método y orden con que en el dia suelen tratarse la mayor parte de las cuestiones de derecho; y aunque deficientes también las disposiciones del Fuero en esta materia toman de la legislación común lo que en el Fuero no encuentran, y complementan de este modo las doctrinas necesarias para determinar las relaciones jurídicas que nacen de las últimas voluntades de aquellos honrados habitantes de las provincias del Norte.

Por la Ley 1.ª del tit. 23 del citado Fuero, se establece el testamento de hermandad, entre marido y mujer. El testamento que ambos cónyuges hicieren de acuerdo y consejo, ó el uno solo, si el otro lo loara, aprobare ó ratificare en vida del testador que muere, es válido; válidas, por lo tanto, la manda, institución ó instituciones contenidas en el mismo.

«Si uno de ellos falleciere desde el tiempo del tal testamento, dentro de año y dia, el que de ellos quedare vivo no lo puede revocar, ni vender ni enajenar bienes algunos de los contenidos en tal testamento ó manda, ni disponer de ellos otra cosa alguna de lo contenido en el tal testamento: ni por deudas que después haga el tal que vivo queda, se vendan ni ejecuten. Con tal que pueda disponer del usufructo de su mitad, sin daño de la propiedad, todo el tiempo que viviere, á su voluntad.»

Según este capítulo segundo de la mencionada ley, por fallecimiento de uno de los testadores dentro de año y día desde que se otorgó el testamento de hermandad, el sobreviviente se imposibilita para la revocación de aquella última voluntad, y no sólo esto, sino que no puede enajenar los bienes á que el mismo se refiere, ni disponer de cosa alguna fuera de lo que en él se hubiese ordenado, sin que se puedan vender ni ejecutar dichos bienes por deudas que después contraiga el mencionado sobreviviente. Pero si ambos cónyuges llegaren á vivir más de un año y un dia desde el otorgamiento de su testamento de hermandad, entonces podrán revocarlo y otorgar una nueva última disposición. De modo. que allí la revocabilidad ó irrevocabilidad de un testamento de hermandad depende de un albur, y se juega una suerte al azar para venir por la vida de 366 dias á obtener una libertad en la revocabilidad mucho más amplia que en los demás paises, puesto que no cuentan para nada con la voluntad del cotestador y ni aun le notifican el nuevo acuerdo; empleando modos y formas en la revocación que no responden en manera alguna al principio jurídico de que las cosas se deshacen de manera análoga á la que se producen, y sin salvar la unidad inseparable de toda última voluntad.

Un testamento otorgado ante Notario y testigos, según ley, no puede revocarse en cuanto à la institución más que ante Notario y testigos. De otra suerte, la revocación es nula, y subsistente queda el testamento á que la misma se refiere: mientras que la revocación, respecto de las mandas y los legados se admite aún sin la concurrencia del Notario, con tal que se pruebe con suficiente número de testigos.

Ocúpase la ley 3.ª del Fuero Vizcaino, ya citado, de los comisarios y cómo pueden elegir heredero; y al tratar de esto no puede menos de recordarse el Fuero Real, por cuanto en él hay que buscar el origen del Comisario, que es un verdadero cargo de confianza.

Esa ley 3.ª del Fuero Vizcaino á que aludimos, atiende á los casos en que algunos no pueden ordenar ni hacer sus testamentos, ó no quieren declarar su postrimera voluntad y dan poder á algunos de sus parientes ó amigos, para que, fallecido el que habia de testar, hagan los testamentarios el tal testamento é institución ó instituciones de herederos; pero puede ocurrir la dificultad de que quedando hijos menores del causante, el testamentario no sepa á quien elegir como el más idóneo para sostener la familia y conservar sus bienes; y para salvar tal inconveniente la misma ley de! Fuero ordena que «el tal poder y comisión valiese, con tal que los comisarios puedan hacer la elección é institución y nombramiento de heredero ó herederos, si los hijos, descendientes ó profincos e tronquero del testador fueren al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso tengan los tales comisarios término de un año y día para hacer tal institución ó instituciones.» Con lo cual se cumple el fin principal de las sucesiones, según Fuero, que es conservar la casa y sos-



tener la familia, y en los pueblos rurales, donde las costumbres mantiénense en su primitivo vigor, esta es la mayor de las necesidades, esta es la general tendencia de la ley.

En caso de que los hijos ó descendientes del testador estuviesen en edad de poder casarse, los comisarios podrán desde luego nombrar el heredero, dentro del término de un año y un dia que les da la ley, según antes hemos dicho; pero cuando no se hallaren en tal caso, tienen todo el tiempo de la menor edad, ó sea hasta que está en disposición de casarse, y después un año cumplido para efectuar dicho nombramiento de heredero; pues como el objeto es designar persona que puesta al frente de la familia cumpla sus obligaciones, no pudiendo hacerlo un hijo ó sucesor constituido en edad pupilar, los comisarios pueden proveer á esas necesidades por los medios que les sugiera su prudencia, esperando á que dichos hijos cumplan la edad en que por si puedan manejarse. De manera, que se vé de un modo claro, que en Vizcaya tienen los comisarios una absoluta libertad para nombrar y elegir heredero entre sus hijos, descendientes ó sucesores del testador, como éste hubiera podido hacerlo, por cuanto allí la libertad de testar es perfecta; mientras que en Castilla las facultades del comisario se limitan á aquello á que expresamente se refirió el testador, y siempre designando éste el nombre del heredero.

Puede haber un solo comisario en Vizcaya, aunque lo ordinario es que se nombren varios; pero los nombrados lo son *in solidum*; así es que, si con el transcurso del tiempo, alguno de ellos falleciese, el que ó los que queden harán la elección. El testamento por comisario es solidario, no mancomunado; y á todos y cada uno de los comisarios el mismo poder se les reconoce.

El testamento que en Vizcaya se otorga sin Notario se somete á ciertas condiciones; pues la ley 4.ª del expresado Fuero, dice que: *la Vizcaya es tierra montañosa, y los moradores viven desviados unos de otros, por lo que alguno que tiene necesidad de hacer testamento, no puede haber copia de escribano público ni testigos, tantos cuantos requiere el derecho*: en atención á lo cual, y preveyendo tal inconveniente, el Fuero establece las solemnidades del testamento hecho sin escribano, y por ello previene que: *Cualquier hombre ó mujer que en tales lugares de montaña hiciere su testamento y postrimera voluntad, en presencia de dos hombres buenos varones y una mujer que sea de buena fama, llamados y rogados para ello, valga el testamento.*

Todo lo expuesto significa que, testando en tierra llana, ciudad ó pueblo donde haya escribano, debe intervenir en el acto; pues tal ley se dió únicamente para los lúgares de montaña, por cuanto, el que desea testar en estos parajes donde no es fácil bnscar al depositario de la fé pública, puede efectuarlo ante dos hombres buenos y una mujer; lo cual no deja de ser raro, y sólo se comprende que á la mujer se le dé intervención en tales testamentos



en la forma en que se hace, por la mayor facilidad de encontrar una mujer en cualquier caserío que complemente el número de testigos, pues no otra cosa cabe alegar para justificar ese precepto, en el que se determina que sean tres testigos y uno de ellos corresponda al sexo débil: pero siempre los testigos han de ser de buena fama, rogados y llamados para ello.

Mas el testamento es un acto solemne en Vizcaya como en todas partes; y por ello, el otorgado ante testigos, aún que sea válido, es meramente privado; y para darle carácter se necesita elevarlo á escritura pública dándole la solemnidad de que carecía: á este fin, se ratifican los testigos ante el Juez ordinario y con citación de los parientes intestados más propincuos del testador dentro de sesenta dias contados desde el fallecimiento de éste si el heredero y los testigos están en la tierra, y si no en ese mismo término desde que vuelva. Término fatal que, de tal modo es preciso aprovechar, que una vez pasado, su testimonio no hace fé, ni prueba, ni siquiera se considera como indicio, cuando estando los testigos en aquel pais, no se les ha ratificado dentro de dicho plazo.

Pero si por motivo de ausencia del condado de Vizcaya no fuese posible aprovechar aquel término, los interesados acudir deben al Juez, citar sus nombres, probar que están ausentes, pero que no lo estaban el dia que se otorgó el testamento, y pedir que se señale el tiempo conveniente en que los pueda traer, puesto que sus dichos no hacen fé de otro modo.

La ley no rechaza en absoluto una prueba tardia pero inconcusa; y mucho menos debia someterse de buen grado la última voluntad á una cuestión de fechas; ni encontrarse puede justificado el rigorismo sentado en la Ley del Fuero mencionado de hacer depender de un accidente formulario la autoridad de un testamento. Por esto se fija un tiempo para no dejar en lo incierto derechos en que muchos podian estar interesados; pero añade que si la parte quisiera reproducir los testigos, lo puede hacer en la forma indicada, y dentro del mismo término; subsanando en tal caso la falta, siempre que en el registro original, y lo que de él se hubiere testimoniado, se rompa y rasgue primero en presencia de los testigos, y así rasgados, que puedan estos deponer la verdad de lo que saben.

La Ley 1.ª de su Fuero declaraba que el número de los Escribanos de las merindades de Vizcaya sean guardados en todo y por todo, según y como dispone y manda su número y la Ley del Ordenamiento de aquellos reinos en las escrituras y contratos extrajudiciales que la dicha ley y número declara; y que las escrituras que ante Escribanos no numerarios pasasen, no hagan fé ni prueba alguna: pero esto que prescribe dicha Ley 1.ª; tít. 6.º del Fuero de Vizcaya, ha de entenderse y aplicarse según el tenor y el espíritu de la Ley del Ordenamiento de estos reinos á que el mismo Fuero se refiere, que no es otra que la Ley 7.ª, tít. 23, lib. 10 de la Noc. Recop., según la cual, donde hubieran Escri-

banos públicos de número, ante ellos deben otorgarse los contratos, obligaciones y testamentos; y si ante otros pasasen, tales escrituras carecen de fuerza y validez; pero donde no los haya numerarios es hábil para el otorgamiento cualquier otro Escribano público de honradez y suficiencia acreditadas; cuya doctrina se ve sustentada en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, la de 27 de Octubre de 1864.

Resúmen del Derecho Foral sobre testamentifacción activa

En resumen, vemos que por más que cada región de los antiguos reinos que forman la nacionalidad española tratan de sostener diferentes modos y formas de testar, y apegados á sus antiguos usos prefieran la heterogeneidad á la unidad de legislación, el testamento viene á ser la misma cosa en Castilla que en Aragón, Cataluña, Navarra, Vizcaya, etc., etc., etc.; por lo cual se hace hasta monótono el tratado de derecho foral, pues ó ha de omitirse mucho, como omitimos, de aquello que es común, ó ha de repetirse la misma idea y hasta la misma cosa, sobre todo tratándose de un Código civil como el español, en el que se ha querido traer algo de los diferentes Fueros que en vigor quedan, y mucho de lo bueno que en las legislaciones extranjeras se estudia principalmente en la francesa, en la italiana, en la austriaca, y en los principales códigos de los pueblos mas civilizados de América. Así es que allí, como aquí, ante el derecho común y ante el derecho foral, el testamento no es ni puede ser otra cosa que la expresión de la última voluntad de una persona por un acto jurídico; y creando tal acto relaciones jurídicas, no puede menos de exigirse requisitos *esenciales y formales* en su estructura; es decir: capacidad del agente ó sugeto que crea derechos con su última voluntad; capacidad de las personas sobre quien recaen esos derechos; materia ú objeto del derecho; y solemnidades externas ó formas del testamento. Cuyos elementos también se combinan en las legislaciones forales.

Tenian capacidad para testar, según la legislación de Castilla, los varones mayores de 14 años y las hembras mayores de 12, el hijo de familia de esta edad, aunque se hallase bajo la patria potestad, y el condenado por delito á muerte natural y civil. Pueden testar los españoles, de conformidad con lo prescrito en el Código civil (art. 662), todos aquellos á quienes la ley no se lo prohibe expresamente. Y estan incapacitados para testar: 1.° Los menores de 14 años de uno y otro sexo. 2.° El que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Por los Fueros de Aragón, puede testar el menor de veinte años y mayor de catorce; y nada hay que decir de los mayores de edad, cuando sabido es, que en aquella tierra de la austeridad de costumbres, firme palabra y nobleza

acreditada, la mayor edad empieza á los veinte años; pudiendo testar tanto el varón como la hembra desde los catorce años, cuya doctrina nos ha honrado el Código llevándola á sus preceptos. Son las incapacidades generalmente las de ordinario prevenidas en la ley, y está autorizado el testamento por poder.

En Cataluña, por su legislación especial, solo se permite testar á los hijos de familia en los bienes de su peculio castrense y cuasi castrense; los condenados á muerte únicamente disponen de una parte de las limosnas recogidas durante el tiempo que están en capilla; y son desconocidos los comisarios, si bien existen los herederos de confianza que se asemejan á aquellos, aun que son más abusivos.

En Navarra, donde la legislación romana se copia y sustenta en la mayoria de los casos, se ven reglas parécidas á las del Derecho Catalán.

En Vizcaya, suplen por la legislación común, sus escasas y desordenadas prescripciones forales sobre testamentos.

Personas capaces de suceder son, las que por la Ley no están incapacitadas, (art. 744, C. C.); de manera, que la regla general las hace á todas capaces; y en una y otra legislación las incapacidades son idénticas, las criaturas abortivas y las sociedades ilegales.

Lo mismo la legislación común que la foral, admiten dos clases de testamentos, el nuncupativo y el escrito; aun que se observe alguna variedad en sus formas.

Antes de la publicación del Código, debian concurrir al testamento nuncupativo en Castilla, tres testigos vecinos y el Notario, cinco sin éste, y tres cuando no pudiera encontrarse Notario ni cinco testigos. Hoy debe otorgarse ante Notario y tres testigos (art. 694); caso de inminente peligro de muerte del testador, podrá otorgarse el testamento nuncupativo ante cinco testigos idóneos sin necesidad de Notario, (art. 700); en caso de epidemia basta hacerlo ante tres testigos mayores de diez y seis años, cualquiera que sea su sexo, (art. 701); si bien los testamentos otorgados sin autorización notarial, serán ineficaces sino se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida por la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 704). El testamento cerrado, en Castilla se otorgaba interviniendo siete testigos, los cuales, con el testador, suscribian la carpeta que lo contenia signándolo además el Notario. Hoy, dicho testamento cerrado, se forma según previene el art. 706 de nuestro Código, interviniendo cinco testigos y el Notario, de la manera que prescribe el art. 707.

En Aragón se otorga el testamento abierto ante un Notario y dos testigos, aunque sean mujeres, y aun los mismos legatarios. Faltando Notario será válida la declaración de la última voluntad ante el párroco y dos testigos, si bien para que haga fe este testamento se hace precisa su adveración en la forma que dejamos expuesta. En cuanto al testamento cerrado, es preciso en aquel pais que se entregue al Notario en presencia de dos testigos que firmen con el testador la carpeta.



Se conocen también en Aragón los testamentos de hermandad; pero no se admiten los privilegiados, por cuanto siendo sencillísimas y fáciles las formas de testar que allí se conservan, é imperando en aquel país los principios de una igualdad bien entendida, no podía darse cabida á tales testamentos, que hoy no tienen razón de ser en ninguna parte.

En el principado Catalán, donde se conserva el derecho romano en vigor, existen testamentos especiales, entre los cuales se vé el de los padres entre los hijos, y los héredamientos hechos en capitulaciones matrimoniales. El testamento nuncupativo se otorga ante Notario y dos testigos. Donde no hay Notario pueden recibirse los testamentos por los Curas párrocos ó sus Tenientes. El cerrado debe entregarse al Notario, quien en su carpeta extenderá para su validez la diligencia de entrega, que firmará con el testador y dos testigos. Si el testador no supiere ó no pudiere firmar, otro testigo lo hará en su nombre. Barcelona y los pueblos que disfrutan sus privilegios, tienen además el testamento sacramental, el cual tan sinceramente hemos combatido. Conociéndose tambien el testamento *ad pias causas*, del que nacen cierta especie de Albaceas universales.

En Navarra debemos distinguir la legislación del Fuero, de la que prefijan sus leyes recopiladas ó sea la Recopilación Alfonsina: el primer elemento de su derecho, difuso, ritual y formularista, con gusto románico antiguo; el segundo, claro, sencillo y práctico. Los testamentos nuncupativos se otorgan ante el Notario y dos testigos: donde no hay Notario, pueden otorgarse ante Párroco ú otro sacerdote y dos testigos, y á falta de tales funcionarios, ante tres testigos, pero en tales casos, sino son abonados ó ratificados de manera análoga á la en que se efectuan en Aragón, no hacen fe.

Los testamentos cerrados se rigen por el derecho romano en Navarra, en razón á carecer de disposiciones especiales relativas á los mismos, como sucede con los privilegiados, que, de origen romano, han de regirse por la legislación de que proceden, que es la supletoria de aquel país, en cuanto no se oponga á las reformas municipales. En cuanto al testamento de hermandad, casi se presenta sin diferencia alguna de los demás paises, respecto á las solemnidades externas, aun cuando en lo relativo á las condiciones intrínsecas, la revocabilidad se hace algo dudosa.

Así como en Aragón el testamento puede hacerse verbalmente y por escrito, y no es preciso para su validez la unidad del acto; en Navarra, donde también se reconocen las dos clases de testamento, es precisa é indispensable para el cerrado la unidad del acto, como sucede en la legislación catalana.

Respecto á Vizcaya, ya digimos cuán insuficiente es su legislación originaria. Se otorgan allí los testamentos ante Notario y dos testigos; á falta de Notario, en la montaña y caserios vale el testamento que se hiciere ante dos testigos varones y una mujer, todos ellos de buena fama, rogados y llamados;

mas, en este caso, la validez de aquella última voluntad depende de la ratificación de los testigos ante el Juez con citación de los parientes abintestato, dentro de los sesenta dias desde la muerte del testador, si estuvieren dentro del condado, y concediéndose otros términos proporcionales cuando estuvieren fuera.

Se admite el testamento de hermandad entre marido y mujer, y se declara por el Fuero en que casos puede revocarse. Tienen cabida los comisarios y se prescribe cómo debe elegirse heredero y hasta dónde llegan las facultades del comisario.

De manera, que si continuáramos examinando región por región, pueblo por pueblo, no tardariamos á demostrar, como sucede al estudiar los códigos extranjeros, que en la esencia se ve cierta conformidad en reconocer las últimas voluntades como una consecuencia del derecho de propiedad; y que de la misma manera que el hombre disponer puede de sus bienes durante su vida, no ha de negársele lo haga para después de su muerte, siempre que al ejercitar ese derecho no ataque á las leyes sociales ni merme los derechos individuales de los demás. Que por más que algunos tratadistas suponen debe facilitarse la testamentifacción activa, tanto más cuanto más cerca se encuentra el testador del sepulcro, nosotros creemos, por el contrario, que las disposiciones para después de la muerte deben hacerse en plena salud, con ánimo sereno y cuando el cuerpo sano no atormenta al espiritu inteligente y recto que encierra, rechazando ciertas facilidades que sostienen el abandono de los perezosos y alimentan las suspicacias de los malvados, proporcionando infinitos testamentos falsos, y jugando asi con lo que como sagrado debiera mirarse. El testar sano no mata al testador. El testar del enfermo le anticipa la muerte. El testamento del sano es siempre voluntario, expontáneo, libre y verdadero. El testamento del moribundo es, las más veces, falso cohercitivo y contrario á la voluntad del hombre. Y como ya digimos que el testamento ha de ser la fiel expresión de la libre y expontánea voluntad del testador; y como ya expusimos que la palabra testamento significa testimonio de la voluntad, *(testatio mens)*; y como ya sentamos, que es el acto solemne y revocable en virtud del cual el hombre dispone de la totalidad ó parte de sus bienes para después de su muerte á favor de una ó varias personas; de aqui el que creamos que debe facilitarse la facultad de testar simplificando las fórmulas, pero deben ponerse trabas á la falsedad.

De las sustituciones ante el Derecho Foral

ARAGÓN

Las sustituciones que en Aragón en uso están son la vulgar, la fideicomisaria y la compendiosa, que comprende una y otra.

Las sustituciones pueden hacerse por contrato y por última voluntad, y

aunque en ellas se ha de estar á lo dispuesto por el que las hace, sin embargo, cuando uno lega en su testamento á otra persona algunos bienes, sustituyéndola una tercera, para el caso en que se cumpla alguna de las condiciones que disyuntivamente hubiera puesto, queda sin efecto la sustitución ó el vinculo si la persona instituida dejare hijos legitimos, aunque por otra parte se hayan cumplido alguna ó todas las condiciones puestas disyuntivamente por el testador, siguiendo en esto la prescripción del Fuero 4.º *de testamentis*.

Cuando el padre instituye heredero en ciertos bienes á su hijo y, además le hace donación ó le manda de gracia especial algunos otros, nombrándole sustituto para todos, según la Obs. 2.ª *de reb. vincul.*, la sustitución en los bienes de que le nombró heredero durará veinte años, pero en lo restante subsistirá siempre, lo mismo que si la sustitución se hubiera hecho á un extraño.

Los bienes del patrimonio ó abolorio del testador que éste deja á sus parientes más cercanos para después de la muerte de alguna persona, pasarán cuando ésta tenga lugar á los parientes que al morir el testador existieren en grado más próximo de donde descienden dichos bienes; pues asi lo determina el Fuero 5.º *de testamentis*.

La sustitución vulgar no se entiende hecha sino por palabras directas y expresas, ó por algún antecedente de que se infiera tan necesariamente que no pueda deducirse otra consecuencia.

Cuando hay varios sustitutos vulgares en diferentes grados, y por cualquier causa caduca uno de los intermedios, la herencia pasa al llamado inmediatamente; por manera que si se hubiera nombrado heredero á Juan sustituyéndole á Manuel y este á Ramón, no adiendo la herencia Juan y no pudiendo pasar á Manuel por haber fallecido antes, deberá suceder en esa herencia Ramón.

La sustitución puede ser condicional, y las condiciones pueden imponerse copulativa ó disyuntivamente, debiendo cumplirse todas las primeras y siendo suficiente que una de las segundas se cumpla para que tenga efecto la sustitución que depende de las mismas según se determina en el Fuero 4 de *Testamentis*.

Sustitución fideicomisaria en Aragón.—Es aquella institución indirecta por la que se deja á uno la herencia con encargo de trasmitirla á tercera persona. Suelen distinguir los autores seis clases de fideicomisos: voluntario, legal, puro, condicional, universal y particular. El primero ó sea el voluntario, proviene de la voluntad del hombre y puede constituirse en contrato y en capitulaciones matrimoniales, teniendo en el último caso la misma fuerza que el establecido por testamento. Y aunque algunos sostienen que en Aragón se perpetúan estos fideicomisos, cuando se hacen con diferentes llamamientos ó para diversos grados é *in perpetuum* recibiendo el nombre de mayorazgo

ó primogenio, nada menos exacto que este criterio puede sustentarse, por cuanto desde la Ley de 1836, los mayorazgos no tienen vida y los fideicomisos han de verse limitados al segundo grado.

La sustitución fideicomisaria cesa si el heredero gravado con ella muere dejando hijos legítimos.

Voluntario.—Este fideicomiso proviene de la voluntad del hombre según hemos dicho ya. El fiduciario debe manifestar en juicio ó fuera de él los bienes que ha de restituir al fideicomisario, aunque el testador omita esta solemnidad, siempre que no le haya dispensado de ella.

Siendo persona incierta, podría probarse mediante el testimonio de dos personas sin declaración alguna del fiduciario, y el designado podría en su virtud accionar en juicio que no sea ejecutivo ó privilegiado, pues en éste se necesita instrumental declaración del fiduciario; sin que el fideicomiso pueda entenderse de persona á persona, de tiempo á tiempo, y por regla general ni aun de caso á caso.

Sobre la sucesión puede pactar el fideicomisario con el fiduciario. Y las mejoras hechas en cosa no hereditaria pero sujetas al fideicomiso, se consideran hereditarias, entendiéndose que provienen de los bienes del finado.

Los frutos del fideicomiso pertenecen indistintamente al fideicomisario en cuanto cede el dia. Las acciones reales se transmiten siempre al fideicomisario, las acciones personales únicamente se le trasmiten cuando el fideicomisario fuése descendiente del fundador ó cuando hubiere sido llamado á la sucesión expresamente.

Cuanto el fideicomisario adquiere por su propia industria, aunque sea con bienes del fideicomiso, lo hace suyo.

No responden de las deudas contraidas por el fiduciario los bienes del fideicomiso. Pero el fiduciario puede hacerse pago de lo que le adeude el testador antes de pagar los legados y cualquier otro crédito posterior aunque inventario no hubiere.

Los bienes á fideicomisos sujetos pueden ser enajenados por razón de dote; siempre que el testador no lo hubiera prohibido.

Prestado por el fideicomisario consentimiento voluntario y expontáneo para la venta que de alguna finca perteneciente al fideicomiso hiciera el fiduciario, perderá aquel todo derecho á la cosa vendida en tales condiciones.

Fideicomiso legal.—Llámase asi á la participación que la ley confiere en alguna cosa, como la que el Fuero Aragonés atribuye á los coherederos en los bienes consorciales, y acostumbra á denominarse consorcio fideicomiso foral.

Fideicomiso universal.—Tal fideicomiso es el que comprende toda la herencia. Si se constituye bajo condición ó á cierto dia, no se transmite por muerte del fideicomisario acaecida antes del cumplimiento de aquella condición ó de llegar ó ceder el dia á que se constituye.

Y existe también como hemos indicado, el fideicomiso singular, que no consiste sólo en la dejación de cosa cierta, sino en la restitución de unas ó muchas cosas sin acciones ni instancias.

Natural es que el fideicomiso absoluto y puro sea el que se deja sin limitación, condición, ni circunstancias de que lo haga depender. Mientras que el condicional es aquel fideicomiso que depende de la condición impuesta por el que lo constituyó.

Sustitución compendiosa.—Comprende, como hemos dicho ya, la vulgar y la fideicomisaria. De manera, que se ve una verdadera sustitución compendiosa allí donde se instituye heredero con palabras tales que denoten una sucesiva comunicación familiar; sucediendo fideicomisariamente el sustituto, admitida que la herencia sea: y cualquier condición puede hacer compendiosa la sustitución:

La condición impuesta al instituido de morir sin hijos, dice Suelvas, induce la compendiosa, y el sustituto sucede vulgar ó fideicomisariamente, si se hubiere ó no adido la herencia.

Cuando compendiosamente se sustituye una persona á muchos instituidos simplemente ó para después de la muerte de muchos herederos, no se dá el caso de la sustitución si no se cumple la condición respecto de todos.

La condición puesta en la sustitución compendiosa, no debe entenderse repetida en la vulgar contenida en aquella.

En la sustitución compendiosa, la caducidad del primer grado ó del primer intermedio por premoriencia, no hace caducar los grados que le siguen, pero si caducará también para ellos cuando la caducidad tuviere lugar por defecto de la condición.

CATALUÑA

Sustitución en general es aquella disposición en que el testador nombra un segundo heredero en reemplazo del primer sustituido. Conócense en Cataluña las mismas clases de sustituciones que en derecho romano por el que se rigen, siendo estas la vulgar que consiste en el llamamiento preventivo de la persona que debe entrar en el goce de la herencia cuando el heredero instituido no quiera ó no pueda aceptarla; pupilar cuando dicho nombramiento se hace para el caso de que el heredero muera impuber y por tanto sin testamen-

to; ejemplar cuando se designa la persona que ha de suceder al nombrado heredero que no pudo otorgar testamento por hallarse en estado de demencia; y fideicomisaria que tiene lugar cuando el testador impone al heredero el gravamen de restituir el todo ó parte de la herencia á un tercero que designa.

Dichas sustituciones se regulan por las disposiciones contenidas en el título 6.°, lib. 28 del Código, en el tít. 15, lib. 2.° de la Instituta, y en los tits. 26 y 51, lib. 6.° del Código Romano, sin que exista contradicción entre aquel derecho y los arts. 774 al 786 inclusive de este Código civil, aparte de las pocas variantes que hemos dejado consignadas al tratar del testamento de los impúberes y de los fideicomisos, en los que se contienen las sustituciones pupilares y fideicomisarias.

La sustitución ejemplar ó cuasi pupilar, debió fundarse también en la patria potestad, y tiene por motivo causal suplir la incapacidad del hijo demente ya para testar como para ser heredero; consistiendo por tanto en la que ordena cualquier ascendiente con respecto á su descendiente que fuera su heredero legítimo para el caso de que este fallezca en estado de demencia, (Ley 9.ª Cód. tít. 26, lib. 6.°); debiendo ordenarse con preferencia absoluta a favor de un descendiente del instituído si los tuviere, en defecto de éstos a favor de los hermanos del mismo, descendientes del testador, y solo a falta de unos y otros, á favor de un extraño; y sin que el testador pueda privar de la legítima al sustituído de tal suerte, que al que deshereda no puede darle sustituto ejemplar, según la citada Ley 9.ª del Código Romano.

Extínguese la sustitución ejemplar por recobrar su razón el sustituído, fallecer antes que el testador, y por premoriencia del sustituto, según lo previene la citada Ley del Código, y el párrafo 1.° del tít. 16, lib. 2.° de la Instituta. Regúlase esta sustitución por las disposiciones de la pupilar.

Algunos autores opinan que la sustitución ejemplar puede hacerse extensiva al nombramiento de heredero del demente en cuanto á los bienes privativos de éste, toda vez que tal sustitución está limitada con la preferencia antes indicada a favor de los descendientes ó hermanos del demente que son los mismos designados por la ley como herederos abintestato, y que tal testamento está en armonía con los sentimientos naturales que inducen a creer que el demente, á ser capaz, hubiera dispuesto de conformidad a los impulsos de su corazón; mas nosotros, como ya indicamos antes, creemos que así como carece hoy de base el testamento de los impúberes en cuanto se disponga de los bienes que estos hubiesen adquirido independientemente de los de sus ascendientes; hoy que se proclama el principio de que es y debe ser personalísimo el derecho de testar; hoy, que como ayer, los que sostienen la opinión de que pueden los ascendientes testar por el descendiente alienado, apoyan su afirmativa, en que los que así lo hagan, han de obrar con arreglo á los preceptos de la ley, y siguiendo aquellos mismos sentimientos naturales que sin duda

hubieran inspirado al demente caso de ser capaz, creemos que en buena lógica no puede admitirse el testamento que otro haga por un enagenado, por más que le sustituya en cuanto á los bienes del que dispone, respecto á los que a dicho incapaz pertenecieran independientemente de los de sus ascendientes.

Sustituciones en Navarra.—Admítese el derecho de representación en la línea recta, por virtud de la Ley 1.ª, tít. 13, lib. 3.° de la Novísima Recopilación, que es la Ley 14 de la Recopilación Alfonsina, sin que nada diga tal prescripción de ese derecho con relación á la línea transversal.

Los procuradores á Cortes en las celebradas el año 1580 en Pamplona, manifestaron: «Conviene se provea por la ley que en las disposiciones ex-testamento ó intervivos, los hijos y descendientes por línea recta de los sustituidos y llamados á la sucesión de algunos bienes de los que muriesen antes que los primeros llamados, entren en lugar de sus padres y ascendientes, como si ellos viviesen representándolos. Y que en tal caso haya transmisión de ellos, si otra cosa no se hubiere dispuesto claramente por los testadores. Y que esto se guarde aún en disposiciones anteriores á esta ley, donde no hubiere litispendencia». A cuya justa pretensión aquellas Cortes, acordaron como el reino pedía. Y si bien dicha ley no se ocupa de la sucesión intestada, por costumbre general, se hizo extensiva á los intestados.

Un caso raro se resuelve por la Ley 14, tít. 13, lib. 3.° de la Novísima Recopilación. Podía haber sido instituido heredero alguno bajo condición de que muriendo sin hijos le heredase un tercero; y como pudiera llegar el caso de que el heredero muriese en estado de religioso, el reino pidió se declarase desde luego que el tercero instituido sucediere al heredero gravado quedando excluido el convento ó monasterio. La sanción, sin desestimar la pretensión, la modificó, diciendo «que se hiciera como el reino pedía, cuando el testador no solamente dijere si muriese sin hijos, pero también, si añadiere, legítimos ó naturales ó de legítimo matrimonio, ó palabras semejantes, ó más claras, de donde se colija la voluntad de que no heredase el monasterio ó religión, y que esto se entendiera para en adelante y lo pasado en que hubiera litispendencias». De modo que según el precepto expuesto, cuando no se excluye expresamente al convento ó monasterio con palabras claras y terminantes, puede y debe heredar el convento cuando el instituido heredero en aquella condición falleciese en estado religioso.

La Ley 11, del título y libro antes citado de la Novísima Recopilación dada el 1583 en Tudela, ordena que los hijos puestos en condición solamente, no se tengan por puestos en disposición, ni llamados á la sucesión de los bienes, aunque haya muchas conjeturas en su favor, sino cuando expresamente están llamados, lo cual se entiende en los casos que de aquí en adelante sucedieren.

Los Escribanos advertirán á los testadores y contrayentes de la disposición de esta ley todas las veces que testificaren testamentos ú otras escrituras para que se ordene clara y distintamente en conformidad con ella, so pena de suspensión de oficio por dos años por cada vez que en esto faltaren. Debiendo hacerse presente que las palabras *hijos puestos en condición*, tanto quieren decir como que depende la sustitución de que el instituido tenga ó no hijos.

Sustituciones en Vizcaya.—Se rigen por la legislación general en razón á no tener su Fuero disposición alguna especial escrita sobre la materia.

Resumen.—Hemos dicho que las sustituciones no tienen razón de ser, por cuanto, pudiendo hoy morir cualquiera parte testado y parte intestado, desaparecía el motivo del establecimiento de tal sustitución, como recomendable y hasta necesaria se hizo en Roma, donde era bochornoso morir sin un heredero, é indispensable la institución de esa herencia para que validez tuviera el testamento. Y si toda creación jurídica tiene su origen en una causa justificada, desaparecidas las razones históricas á las que debe su generación y sostenimiento la sustitución, su existencia hoy es improcedente é inoportuna, por más que algunos autores aboguen por el mantenimiento de esa irrazonable y antieconómica sustitución, que sólo está llamada á originar pleitos y á conculcar la voluntad dei testador las más veces; y cuando en pocas ocasiones es la sustitución el fiel trasunto de la voluntad del causante, se representa en ella una exagerada manifestación de la misma, más libre y más extensa que la que tener pudo durante su vida, en perjuicio de sucesores que le sobreviven, dando un renacimiento odioso á los mayorazgos vergonzantes. Y no se diga que la sustitución es una justa aspiración del testador á dejar un heredero, ni que representa el deseo de que la herencia no quede destituida y de que pase á las personas de su predilección según el orden de afectos, pues esto puede lograrse sin sustitución, con la simple distribución de sus bienes entre esas personas á quienes ha de mostrarse el cariño de mil modos más claros menos expuestos, y de mayor utilidad que las sustituciones.

Sin entrar á demostrar que las legislaciones forales han sostenido más ó menos esas sustituciones, según hayan vivido más ó menos incondicionalmente al amparo del derecho romano, expondremos que Cataluña, fiel cumplidora de las prescripciones de aquel pueblo, conserva las sustituciones en su integridad y les da tonos tan originales, que algunas de ellas aparecen como nuevas instituciones legales. Combinando la sustitución vulgar con la fideicomisaria ha creado una sustitución mixta en la que extendiendo la voluntad del testador á lo que éste no expresó, llega á hacerse dudosa é imaginaria; y quitando su parte más odiosa á la pupilar se la estableció entre los catalanes

en condiciones que no pudiera perjudicar los derechos hereditarios establecidos previamente.

Ha sido y es tan frecuente en Cataluña la sustitución que en Roma se llamó accidental, que lo mismo antes que después de la abolición de las vinculaciones, se viene usando todos los dias; así es, que en esta región puede afirmarse que los fideicomisos hechos en testamento ó incluidos en los heredamientos bajo forma de contratos, son la verdadera expresión de las últimas voluntades. Como el padre no disponga de modo expreso lo contrario, la cuarta trebeliánica tiene lugar en toda clase de fideicomiso; el heredero gravado con el deber de su restitución, puede sacarla, y aun la legitima si fuere hijo; y además los gastos y mejoras.

En Aragón, las sustituciones que en uso se conservan son la vulgar, la fideicomisaria y la compendiosa. No existe en aquel país la pupilar, porque como no tienen patria potestad, en la que se funda tal sustitución pupilar, no se hace necesaria. La fideicomisaria es, en Aragón, la institución indirecta del derecho común, sin que se parezca en nada á la de Cataluña, donde sustituyó á los mayorazgos.

En Navarra, como en Vizcaya, se atemperan en general para las sustitucio nes á las disposiciones del derecho común.

De las legítimas ante el Derecho Foral

CATALUÑA

¿Qué es la legítima? Legitima es aquella porción de bienes señalada por la ley á los herederos forzosos, reputándose tales aquellos á quienes la propia ley llama á la sucesión abintestato por el orden establecido en la misma.

En Cataluña, es la institución de las legítimas una de las más importantes en materia de sucesiones, que, como dice muy bien el Sr. Durán en el capítulo cuarto de su memoria, por lo limitado de su cuantía y por lo extenso de las facultades en que deja al testador, considérase como una de las formas de la libertad de testar.

En efecto, participando la legitima catalana de las influencias góticas y romanas en un principio, ya que en algunas comarcas por costumbre, según ley romana, era el tercio de la parte de los bienes; y en otras, por costumbre ó según la ley goda, la formaban las ocho quinceavas partes del patrimonio, acabó por adoptar un tipo fijo todo Cataluña, limitándolas lo más posible, con el fin de aproximarse más á la libertad de testar, sin que dejara de tributarse el homenaje debido á las leyes naturales que recuerdan al padre que sus descendientes son

sangre de su sangre. Sin embargo, el motivo racional que parece indujo á Felipe I (1) á promulgar el capitulo 4.° de las Cortes de Monzón de 1585, que forma la Constitución 2.ª del titulo 5.°, libro 6.°, volumen 1.°, fué, según su preámbulo, la conservación de las casas principales, pues dice asi: *Deseando la conservación de las casas principales, ordenamos con consentimiento de las presentes Cortes que la legitima para todos los hijos é hijas, aunque excedan el número de cuatro, no sea sino la cuarta parte de los bienes del difunto de cuya sucesión se tratare por razon de las legitimas, y que esto se observe en todo el principado de Cataluña y condados de Rosellon y Cerdaña, aunque hasta el presente solo se observase en Barcelona por privilegio ó ley local, y que esto tenga lugar asi en la legitima de los descendientes como en la de los ascendientes, revocando cualquiera ley ó costumbre y observancia que en contrario hasta aqui hubiese habido en cualquier parte de dichos principado y condados; declarando que esta disposición fuera de Barcelona comprende solo los casos futuros, y que el heredero tenga la elección de pagar la legitima con dinero, estimado el valor de los bienes del difunto, ó con propiedad inmueble, y cuando sobre la propiedad que se señalare hubiese discordia, sea á arbitrio de Juez.*

De suerte, que la porción que la ley catalana señala como legitima, ya sean descendientes ó ascendientes los herederos forzosos es siempre una misma, la cuarta parte de la herencia, siendo reputados tales en primer lugar los descentes y á falta de éstos los ascendientes, en lo cual vemos disconformidad de doctrina con la que establece el Código, toda vez que éste comprende en tercer lugar como herederos forzosos el viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos y el padre ó madre de éstos; y señala en porciones diversas la legitima, según se trate de un descendiente ó de un ascendiente, ó de los comprendidos en tercer lugar del articulo 807.

La cuarta parte de los bienes que forman la legitima, es la del liquido que resulte del patrimonio después de satisfechos los gastos de la última enfermedad, los sufragios del difunto y las deudas hereditarias (Ley 8.ª, párrafo 9.°, Dig. lib., 5.°, tit. 2.°), y para computarla se atiende á las donaciones que en vida hubiese hecho, el testador pues, si hubieren excedido de las tres cuartas partes se reducen en lo necesario hasta integrar dicha cuarta parte.

La porción legitima debe dejarse sin gravámen alguno á menos que el legitimario lo aceptase, pues si bién puede el padre legarle algo mas pero con gravámen de restitución con lo cual si lo aceptaba el legitimario no podia querellarse por inoficioso testamento según la Ley 12, lib. 3.°, tit. 28 del Código, puede renunciar el legado en lo que de la legitima exceda para quedarle

---

(1) II de Castilla.

esta libre conforme á la Ley 32 del mismo titulo (1). Se debe desde la muerte del testador según la Constitución única, tit. 18, lib. 4.°, Vol. 1.°, en la que se dispone que en vida del padre no puede trabarse ejecución sobre la legitima de los hijos por las deudas tanto civiles como criminales de éstos; y según la Novela 18, desde dicho fallecimiento se deben los frutos de la misma.

Se entiende dejada la legitima aunque á los que les corresponde se les haya señalado una cantidad menor en cualquier forma que se hubiese dejado, los cuales tendrán derecho á pedir el suplemento de la legitima, (Ley 2.ª, tit. 2.°, lib. 6.°, vol. 1.°, párrafo 6.°, tit. 18, lib 2.° Inst.; Novela 18, cap. 1.°, y Ley 25, tit. 2.°, lib. 5.ª del Digesto.

El pago de la legitima puede hacerse en dinero ó en inmuebles según la transcrita ley; siendo doctrina constante el que no pueda pagarse parte en dinero y parte en bienes; y para reclamarla puede el legitimario ejercitar la *condictio ex lege* ó la acción personal ex testamento que prescriben en este pais á los treinta años y cuya prescripción no corre contra los menores ni contra el legitimario que hace vida común con el heredero.

En resúmen, aparte de la cuantia que es diversa no existen notables diferencias entre las disposiciones del Código que regulan las legitimas y las del derecho romano y catalán porque se rigen las de este pais, donde no se conocen las mejoras.

Derechos del cónyuge viudo ante el Derecho Foral

CATALUÑA

Como ni por derecho romano ni por derecho catalán se ha reconocido al cónyuge la calidad de heredero forzoso, para que por ministerio de la Ley le corresponda la porción legitíma, tanto más cuanto que hasta en la misma sucesión abintestato son preferidos al cónyuge los colaterales hasta el cuarto grado y los hijos naturales reconocidos, de aqui el que no exista disposición legal alguna que en concepto de legitima señale alguna porción en usufructo á favor del viudo que á la fecha del fallecimiento no se hallare divorciado, ni que esta porción sea más ó menos varia según el número de hijos, ó parientes y su clase, que haya dejado el difunto: pero en cambio aparte del usufructo legal

(1) Confirmado en Sentencia del T. S. de 29 Abril, en que se establece que el derecho de los hijos á la cuarta parte de los bienes del padre, no puede ser gravado, pero si el legítimario acepta el testamento en cuanto le favorece, no puede impugnarlo en lo que le sea enoroso y perjudicial.



que por el derecho de tenuta tiene la viuda mientras se conserve en tal estado y no perciba su dote, tenemos en Cataluña las capitulaciones matrimoniales de observancia tan general, que raro es se contraiga un matrimonio sin que le preceda la formalidad de tal contrato, y como en dicho contrato que siendo entrevivos participa muchas veces del carácter de las últimas voluntades, por contener los heredamientos que son comunes en ellos, se estipula el mútuo usufructo de todos los bienes en favor del cónyuge sobreviviente mientras se conserve viudo, cuando no se le dan mayores facultades para disponer de los mismos, de aqui que sin que exista disposición escrita que al cónyuge sobreviviente señale cierta porción en usufructo que pueda considerarse como su legitima, por expresa voluntad consignada en aquellos capitulos, se encuentran los cónyuges viudos en Cataluña por lo general en mejor situación, ya que la ley de su voluntad les confiere mucho más que una porción legitima.

No obstante, por lo que á la viuda pobre se refiere, existen las Novelas 53, cap. 6.° y 117, cap. 5.°, en las que si bien en la primera se confería la sucesión á cualquiera de los cónyuges pobres, en cuanto á una parte de los bienes del otro, por la segunda se limitó exclusivamente á favor de la viuda pobre é indotada, la cuarta parte de los bienes del marido cuando los herederos de éste son tres ó menos, y una parte viril cuando son más, cuya cuarta parte, ó porción se conoce en derecho por cuarta marital. Si los herederos son los hijos debe reservar la propiedad de su cuarta en favor de ellos, pero no si son extraños.

No bastará para que la mujer se considere pobre, que sea indotada, sino que es necesario que cuente con bienes propios, bastantes para el sostenimiento de su clase y de su estado; así opinan cuando menos la mayoria de los tratadistas de derecho catalán: y perderá el derecho á la cuarta, cuando contraiga segundo matrimonio sin haber reclamado antes dicha cuarta, cuando lleve vida deshonesta, cuando haya sustraído alguna cosa de la herencia del marido, y cuando le haya injuriado grávemente; no perdiéndolo empero cuando se casa dentro del año de luto, según se deduce del cap. 4.°, Decret De secund. nupt. IV, 21.

Conócese también en Tortosa la cuarta marital á favor de la viuda que no aportó dote al matrimonio ni le constituyó exponsalicio su marido, diferenciándose de la anterior, en que no hay necesidad de que sea pobre bastando que sea indotada, y en que la cuarta parte no está determinada como en el derecho romano en una cantidad fija sino que es la cuarta parte integra del caudal hereditario marital. (Cap. 12, Rúbrica 1.ª, lib. 5.°, de las costumbres escritas de Tortosa).

Después de lo expuesto ocurre preguntar: ¿serán aplicables al cónyuge catalán que casare sin capitulaciones matrimoniales y por tanto que carezca del usufructo paccional, las disposiciones de la sección 7.ª, del cap. 2.°, tit. 3.°, de



este lib. 3.º del Código, cuando no es considerado en Cataluña heredero forzoso ó legitimario de su consorte el cónyuge viudo? ¿Caso de aplicarse dichas disposiciones siquiera sea como derecho supletorio, deberán serlo literalmente (en cuyo caso se alteraría la esencia de la legítima catalana) ó teniendo en cuenta la de este país, armonizando con arreglo á ella dichas disposiciones? En cuanto á la mujer ya hemos dicho que en lo general sale más beneficiada al amparo de las disposiciones antes citadas; pero en cuanto al marido, que no siendo el usufructo paccional no lo tiene en los bienes de su consorte premuerta pues si aquella no dejó sucesión, por lo general habrá de restituir la dote y exponsalicio con los intereses de ambos á sus herederos, lo que no dejamos de encontrar injusto en el órden moral, en cuanto al marido, repetimos debieran aplicarse en este país las referidas disposiciones, teniendo en cuenta que la legítima es la cuarta parte de la herencia algo menor por tanto que la castellana; y decimos en cuanto al marido, porque respecto á la mujer hemos de suponer que no ha de renunciar á beneficios como el que le conceden el *Usage Vidua* y la Constitución *Hac nostra* para salir más perjudicada.

Respecto á los hijos naturales legalmente reconocidos, tampoco se les consideraba herederos forzosos ó legitimarios por derecho romano ni por derecho catalán, si bien por derecho romano, que es el regulador de la sucesión abintestato en Cataluña, son llamados á la sucesión de la madre juntamente con los legítimos los hijos naturales; pero á la del padre tan solo concurren cuando éste fallece sin dejar consorte ni hijos legítimos, en una sexta parte de la herencia, á la cual es admitida como copartícipe en una parte viril la madre, según lo establecen las Novelas 18 y 89.

De la desheredación ante el Derecho Foral

CATALUÑA

Desheredar, según la Instituta tít. 13, lib. 2.º, es excluir expresamente de la herencia los herederos forzosos, y así se deduce también del usaje *exheredare* del tít. 3.º, lib. 6.º, vol. 1.º, donde se expresa que: *si alguno quisiere desheredar á su hijo ó hija, á su nieto ó nieta, le desheredará nominalmente y expresará la culpa por la cual le deshereda, é instituirá en su lugar á otro, quien debe probar que es verdadera la causa de la desheredación.* Este usaje enumera al principio las causas de desheredación expresando que *pueden desheredar los padres á sus hijos ó hijas, nietos ó nietas, si los hubiere, tan atrevidos que sacudieren gravemente á su padre ó madre, abuelo ó abuela, ó les*

deshonraren, ó les acusaren en juicio de algún crimen;... ó si las hijas no quieren tomar marido y vivieren torpemente... cuyas justas causas, aparte de las dos que no se consignan por estar en desuso, cuales son si los hijos se hicieren *bausadores* (traidores á su señor), ó se hicieren sarracenos, se hallan comprendidas entre las que en la sección novena del capitulo 2.°, tit. 3.°, libro 3.° de este Código, se reseñan, sin que sea opuesta la doctrina contenida en la misma, á la que rige en Cataluña en esta materia, que no es otra que la contenida en la Novela 115, cap. 3.°, y usaje antes transcrito, estando las pocas causas que enumera éste, consignadas todas en dicho cap. 3.°, que comprende hasta catorce causas, alguna de ellas sin razón de ser hoy.

El desheredado, sin embargo, puede impugnar por la querella de inoficioso testamento su desheredación, negando como es natural la existencia de la justa causa expresada, que subsistirá cuando el heredero la deje probada y se revocará en caso contrario sin que por ello se anule el testamento más que en la institución, excepción hecha del privilegio concedido á los barceloneses por Pedro III en 1339 (tít. 1.°, lib. 6.°, vol. 2.°), por el cual sólo tendrán los desheredados derecho á la legítima. Prescribe el ejercicio de dicha querella á los cinco años, sin que tal prescripción pueda correr contra menores de edad. Subsistirá empero la causa de desheredación, si el legitimario aprueba el testamento con hechos realizados en nombre propio, de los que se deduzca dicha aprobacion, cuando renunciare expresamente á sus derechos legitimarios, por caducidad de la instancia cuando se hubiese entablado, y por el transcurso del tiempo para la prescripción; sin que tal acción se trasmita á los herederos del desheredado cuando éste no la hubiese entablado ó mejor muriera sin haberla entablado, aunque no hubiese prescrito.

Cuanto se ha dicho de los descendientes, debe considerarse reproducido respecto á la desheredación de los ascendientes, pues la citada Novela 115, que en su capitulo 4.° las enumera, señala siete justas causas de desheredación, de las cuales, por razón del modo de ser de la actual sociedad, deben considerarse subsistentes las cinco comprendidas en los cinco primeros párrafos de dicha Novela, siéndolo también por derecho supletorio las que se comprenden en el art. 854 del Código, ya que no pugnan entre sí las consignadas en ambos cuerpos, antes al contrario se complementan.

De las mandas y legados ante el Derecho Foral

Después de lo expuesto con tan minuciosa extensión acerca de los legados ante el derecho general, ó sea con relación al Código Civil, difícil será aducir nuevas teorías, ni hacer consideraciones acerca del derecho foral, sin exponernos á continuas repeticiones, porque en la esencia el asunto es el mismo, y poca variedad hemos de encontrar en las formas.

ARAGÓN

En Aragón se da el nombre de legado generalmente á la cosa ó cantidad que el testador dá á alguna persona ó corporación. Se diferencia el legado de la herencia, en que el primero consiste en una cosa ó cantidad señalada, y la segunda en todos los bienes y obligaciones del testador.

Según la Observancia 3.ª de *Testamentis*, cuando el testador distribuye su herencia en legados, sin nombrar heredero, los acreedores del difunto pueden reconvenir dichos legados, porque entonces las acciones activa y pasiva se refunden en tales acreedores. Sin embargo, de conformidad con la Observancia 4.ª de *Testamentis*, el hijo ó hija ó cualquier otro heredero á quien el testador lega alguna cantidad de dinero, no está obligado á las deudas de éste ni á renunciar el legado, por más que algunos autores supongan que esta Observancia no pueda aplicarse en absoluto sino cuando hubiese bastante para pagar las deudas con los restantes bienes del testador.

Si el testador deja á alguno todos los bienes que se encuentren en su casa al morir, se entenderán legados también los que no existan en ella por haber sido prestados.

El legatario puede por propia autoridad ocupar la cosa legada, aun antes de la adición á la herencia, porque directamente del testador la recibe. Y por lo tanto, el heredero no puede interponer el interdicto *quod legatorum*, según lo que previene el Fuero único de *ocupatione sive intrussione possesion*. Puede, sin embargo, el legatario pedir la posesión fundado en lo que prescribe el Fuero 30 de Apprehensión. según una decisión de 1686.

El legatario puede aprehender, en virtud de su legado, los bienes del difunto y obtener en juicio y articulos de *lite pendente*, firmas y propiedad tanto en la primera como en la segunda instancia, pues los bienes del difunto están hipotecados para el pago de los legados, según el Fuero de los legatarios de 1592. La sentencia que en cualquiera de los expresados articulos se dé á favor del legatario, se ejecutará privilegiadamente; condenando además en costas al heredero ó detentador de los bienes del difunto obligado al pago, si constara que se habia requerido por el legatario antes de pedir judicialmente contra él. Asi lo preceptúa el Fuero en su titulo de los legatarios de 1626.

El acreedor, aun que no tenga instrumento privilegiado ó escritura, puede obtener en juicio la aprehensión de lo equivalente á su crédito como verdadero legatario en virtud de la cláusula testamentaria en que el testador exprese claramente su voluntad de que se paguen sus deudas.

El deudor no puede perjudicar à sus acreedores anteriores con legados ú otras disposiciones testamentarias, pues siempre aquellos serán pagados con preferencia á los legatarios. Así es que la liberación que el testador haga á su deudor de lo que éste le deba no tendrá fuerza ni eficacia mientras perjudique

á los acreedores anteriores del testador, del mismo modo que deberá posponerse á los demás créditos, el que reconociera en testamento posterior, á no ser que se pruebe claramente que los créditos objeto del reconocimiento son anteriores á los demás; pues tanto la liberación como el reconocimiento de una deuda surten efectos de legado.

También se considerará como legado, y por lo tanto, no perjudicará á los acreedores anteriores el reconocimiento que haga el marido en testamento de haber recibido cierta cantidad de su mujer por via de dote, á no ser que ésta se acredite por otro medio. Y opinan algunos autores que dicha dote debe pedirse dentro de veinte años desde que se contrajo el matrimonio, por razón del que se dió.

Suscitan algunos la duda de si será prueba bastante de haber recibido el marido la dote de su mujer, la cláusula que generalmente se consigna en las capitulaciones matrimoniales «Item trae tal ó tales cosas, etc., etc.»; y mientras unos sostienen la suficiencia de esa prueba para que el marido se encuentre en el caso de devolver cuanto en dicha cláusula se contenga, otros, como Franco, opinan que hay que distinguir si la mujer es viuda, ó huérfana, ó hija de familia: en el primer caso basta la cláusula indicada de que le pertenecen cuantos bienes lleva la mujer al matrimonio, por cuanto la viuda y la huerfana deben tener ya su caudal propio; mientras que cuando la mujer es hija de familia no cabe la misma presunción, porque como sale de la patria potestad para constituir una nueva familia, no es factible que haya mediado motivo alguno de adjudicación de bienes que pudiera constituir su patrimonio, y por consiguiente el marido no está obligado á la restitución de la dote, si no se prueba por otros medios su entrega.

El legado de dote, esto es, el que se hace á una joven para que se case, es puro unas veces y condicional otras. Es puro, cuando se deja con la expresión «para que se case ó para que pueda casarse», y se puede pedir al momento sin dar caución de que la legataria contraerá matrimonio; y caso de morir antes de contraerlo, lo trasmitirá á sus herederos; así como cuando el padre lo deja á su hija por via de legítima. Es condicional, cuando es un extraño el que lega diciendo que lo hace *por dote*; cuando el padre deja el legado á la hija que tiene ya su legitima, *por causa de matrimonio*, y se manifiesta asi condicionalmente, y lo mismo cuando es un extraño el que lega en esta forma, porque entonces no se puede pedir el legado hasta que el matrimonio se verifique, y muerta la legataria antes de contraerlo, no lo transmitirá á sus herederos.

Cuando el padre deja un legado á sus hijos con la condición de que se dén por contentos con el dolo que podría correspenderles de los bienes paternos y maternos, si aceptan los hijos el legado, nada pueden reclamar; pero tendrán acción para pedir la parte que de su madre les corresponda si lo renuncian. Así lo preceptúa la Observancia 8.ª de *sæc. nupt.*



Según las Observancias 1.ª de *Natis ex damn. coitu*, y 25 de *General. privil.*, el hijo de clérigo ó religioso, ó el nacido de dañado ayuntamiento, nada puede recibir de su padre por causa de muerte; y éste no puede dejar cosa alguna en su testamento á su hijo adulterino, ni aún de la parte que destine para legados piadosos.

Cuando se deja un legado á un padre y sus hijos juntamente, estos no lo han de tener sucesivamente después de la muerte de aquél, sino que todos perciben el legado á la vez, sin que los hijos necesiten esperar á que muera el padre para sacar su parte. Y si uno de los legatarios no cumple la condición bajo que se dejó el legado, su falta perjudicará á los demás, según la Observancia 10 de *Donationibus*.

Los legados piadosos que hiciere el marido se pagarán de la parte que le corresponda de los bienes muebles, y cuando estos no bastasen. podrán venderse para este efecto sus bienes sitios, pero quedando salva la viudedad á la mujer. Asi lo prescribe la Observancia 16 de *Jure dot.*

Legada una finca gravada con censo, el obligado á pagar las pensiones atrasadas es el heredero, y no el legatario.

En Aragón, el legado de cosa que no sabia el testador fuese de otro, no es válido.

El falso señalamiento de la persona á quien se lega la cosa legada, vicia el legado. Y según decidió la Real Audiencia de Zaragoza, en caso de duda, se ha de creer el legado *modal* más bien que condicional; si bien debe hacerse presente que el legado *modal* debe entregarse al legatario en el momento que dé caución de cumplir el fin para que se lega, mientras que el condicional no se entrega hasta que la condición se ha cumplido.

El legado de crédito y el de cosa cierta se extinguen, si el testador antes de morir cobra el crédito, ó enagena la cosa. (Decisión de 1698).

El legado se prescribe por veinte años, bien se pida con acción personal, bien con acción hipotecaria.

Entre los legatarios y herederos conjuntos no hay derecho de acrecer, según se ha resuelto en varias decisiones, pues siendo titulo universal el del heredero, y no el del legatario, no cabe el acrecer entre personas que por distintos titulos perciban algo de la herencia, ni llevan este derecho de acrecer los titulos particulares.

No se conocen en Aragón la cuarta Falcidia ni la Trebeliánica, puesto que los sustitutos y legatarios reciben directamente del testador los bienes; y por esto se hacen innecesarias, y los Fueros no las mencionan.

Los legados se extinguen por el Fuero Aragonés, lo mismo que ante la ley general, ya por revocación, ya por prescripción, por nulidad, por caducidad, perdimiento y destrucción de la cosa legada.



Fedeicomiso singular en Aragón.—Es incuestionable que allí donde se conocen los fideicomisos generales que comprenden las herencias en su totalidad, puede haber fideicomiso singular que comprende solamente una cosa determinada. Y si bién los Fueros de Aragón no los mencionan, parece los presuponen.

Ese fideicomiso singular no consiste sólo en la dejación de una cosa cierta, sino en la restitución de una ó muchas cosas sin instancia ni acciones.

Donación mortis causa.—Tratan algunos autores de las donaciones *mortis causa*, en éste lugar; y aunque no lo creemos muy necesario, haremos ligerísimas indicaciones.

Las donaciones *mortis causa* hechas con fianza de salvedad ó por medio de fiador, son irrevocables, puesto que el Fuero se refiere á las donaciones en general, sin distinguir estas de las donaciones entrevivos; y como donde la Ley no distingue, no podemos distinguir los encargados de aplicarla, de aquí el que la irrevocabilidad de las donaciones se extiendan á todas ellas, sin excepción alguna según el Fuero. Varios son los autores que sostienen esta tesis por nosotros seguida, entre otros Lissa, y Sessé, pero hay otros como Franco, que suponen se hace revocable la donación *mortis causa* por el nacimiento de un hijo del donante ó por existir nietos de un hijo premuerto; pero esto ya es cosa muy distinta, pues tal excepción, por la mayoria admitida, nace del supuesto de que si el hombre que al efectuar una donación no teniendo hijos, los hubiése tenido, no hubiéra donado lo que por naturaleza y por deber conservan todos los padres para sus hijos.

La donación *mortis causa* no surte efecto sino después de la muerte del donante, porque como dice Sessé, ésta donación tiene en su causa ú origen algo de contrato, y en su efecto mucho de última voluntad.

No faltan autores como Molino, que, atendiendo al principio foral *Standum es carthe*, suponen que por donación *mortis causa* puede dejarse la herencia. *In Aragonia valet omne instrumentum dum tamen non contineat aliquid imposibile vel contra jus naturale*. Y abundamos en tal opinión porque dada la libertad de la propiedad, dada la libertad de testar de que se disfruta en Aragón, y pudiendo cada hombre disponer de lo suyo en vida, mientras no atente á los preceptos de la ley positiva ni en pugna se ponga con la ley natural, no puede menos de reconocersele ese derecho para después de su muerte en cuanto no contrarie las leyes.

CATALUÑA

Aparte de algunas disposiciones canónicas contenidas en las Clementinas, en las Decretales y en el Concilio Tridentino, respecto á los legados para causas piadosas, podemos afirmar que la regulación de los legados en derecho ca-

talán es la misma que la del derecho común, toda vez que se rige aquel derecho por las disposiciones del romano, que á su vez es fundamento del derecho español general en esta materia.

Definese el legado por derecho romano, aquella deliberación, por la cual el testador ordena que el heredero universal de sus bienes entregue lo que manda al legatario con palabras directas, según el proemio de la Ley 116 Digesto de *legatis*, tít. 1.°, lib. 30, *Deliberatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret alieni quid collatum vult, verbis directis*; ó sea, según el párrafo 1.° de la Instituta, lib. 2.°, tít. 20 de *legatis*, legado es una especie de donación dejada por el difunto, y la que ha de prestar el heredero; *legatum sit donatio quedam á defuncto relicta et ab herede prestanda*; de suerte que de ambas definiciones se deduce que, el legado por derecho romano no podía prestarlo más que el heredero por mandato del testador; deducción que no debió subsistir desde el momento en que por el párrafo 3.° del tít. 20, lib. 2.° de la Instituta, se establece que: *viendo que la antiguedad encerraba los legados dentro unos limites más estrechos, y que á los fideicomisos como que provenían más de la voluntad del difunto, les concedía una naturaleza más pingüe, creimos necesario deber igualar todos los legados á los fideicomisos*, y que por éstos, según el párrafo 1.° del tít. 24, de *singulis rebus per fideicomissum relictis*, del mismo libro de la Instituta, pueden dejarse no sólo las cosas propias, sino también las del heredero legatario, fideicomisario ó cualquier otro, en armonía con la Ley 2.ª, tít. 43, lib. 6.° del Código, que establece que, si se encomendase algo á la confianza del heredero ó del legatario se entenderá legado; de tal suerte que, en méritos de tales disposiciones, procede dejar sentado el principio jurídico de que puede gravarse con legados no sólo al heredero nombrado en el testamento, si que también á los herederos *ab intestato* y á los legatarios.

Son válidos los legados, cuales quiera que sean las palabras con que se hubiesen otorgado, mientras conste por ellas la voluntad del testador, según preceptúa el párrafo 2.° del tít. 20, lib. 2.° de la Instituta; siendo necesario para su validez y la del testamento, que la cosa legada pueda ser enajenada, que no hayan sido revocados por otra disposición, y que el legatario fuese capaz para recibir por título de legado; pues faltando alguno de estos requisitos serían nulos; y el legado nulo en el tiempo de la otorgación del testamento ó al tiempo de cumplirse la condición si es condicional, no se revalida aunque posteriormente haya desaparecido la causa de la nulidad, conforme á las Leyes 1.ª y 4.ª de *regula Catoniana*, tít. 7.°, lib. 34 del Digesto.

Capacidad del legatario.—No tiene incapacidad para adquirir por legado, además de los indignos para suceder, el legatario que hubiese ocultado maliciosamente el testamento que contiene el legado, á fin de que no reporte

beneficio de su astucia el que quiso defraudar al heredero en su herencia, quedando en poder del heredero como sino hubiese sido otorgado. Así se dice en la Ley 25, tít. 37 del Código de *legatis*, como se previene en la misma que, el legatario á quien se le hubiese legado algo en recompensa de la tutela, sino quiere desempeñarla deberá quitársele el legado y adjudicarlo al púpilo, ya que no quiso serle útil: pierde el legado el que hubiere impugnado de falso el testamento, á no ser que tal impugnación se fundase en la falta de alguna solemnidad, conforme á la Ley 5.ª, párrafo 1.º, tít. 9.º, lib. 34 del Digesto; y son válidos los legados hechos al heredero cuando hay más de uno nombrado, según se deduce de la Ley 5.ª, tít. 5.º, lib. 34, del Digesto; el de alimentos á favor de una persona incapaz de adquirir, en méritos de la Ley 3.ª, tít. 8.º del mismo libro del Digesto; y el legado del quinto dejado por el padre á su hijo adulterino, de conformidad al capitulo 5.º *De his qui duxit in matrimonium*, tít. 7 de las Decretales, que es derecho supletorio del catalán con preferencia al civil romano, según la Ley única, tít. 30, lib. 1.º, volúmen 1.º de las Constituciones de Cataluña y la sentencia de 11 de Enero de 1867 entre otras.

Cosas que pueden ser legadas. — Pueden ser legadas todas las cosas que están en el comercio de los hombres, las propias del testador, del heredero y del legatario, y las ajenas constándole empero al testador esta circunstancia; sin embargo, respecto á los legados de estas últimas, se ofrece la dificultad de que puedan considerarse válidos cuando se ha pretendido su nulidad apoyándola en la doctrina contenida en el cap. 5.º de las Decretales, tít. 3.º de *Testamentis*, pero la opinión de varios tratadistas resuelve la contraria, si bien que no dando validez á la presunción fundada en la voluntad del testador, respecto al conocimiento de que la cosa fuera ajena, por oponerse dicha presunción á la equidad canónica.

El legado de cosa ajena obliga al heredero á hacer cuanto de él dependa para que se entregue al legatario ó pagarle su estimación; así lo previene la Ley 30, párrafo último, lib. 32 del Digesto *De legatis*, el párrafo, 4.º del tít. 20, lib. 2.º de la Instituta, y la Ley 10, tít. 37, lib. 6.º del Código Romano; como se preceptúa en el párrafo 6.º de la Ley 66, tít. 2.º, lib. 31, del Digesto, que si el usufructo de la cosa legada pertenece á un tercero, está obligado á reducirlo el heredero.

Es de ningún efecto el legado de una cosa que al tiempo de la otorgación perteneciese al legatario, aun cuando la hubiese enajenado antes de la muerte del testador; mientras que si después de otorgado el testamento, adquiriese el legatario por título oneroso la misma cosa legada, tiene derecho á su estimación (Instituta, párrafo 10, tít. 20, lib 2.º y párrafo 6, del mismo título y libro), pero no si la hubiese adquirido por título lucrativo, pues no pueden concurrir dos causas lucrativas en una misma persona y sobre una misma cosa; de suerte

que si en virtud de dos testamentos se debe una misma cosa, ha de distinguirse si ha conseguido el legatario en virtud de un testamento la cosa ó su estimación, pues si tiene la cosa, no puede obrar en atención á que la tiene por causa lucrativa, pero puede pedir la cosa si lo que tiene es la estimación, según lo establece el expresado párrafo 6.º. Tampoco tiene efecto el legado de cosa cierta y determinada que al tiempo de la muerte del testador no se halle entre sus bienes, sino se prueba que falta por dolo del heredero, conforme al párrafo 5.º de la Ley 32, lib. 31 Digesto de *legatis*.

La sección décima, cap. 2.º, tít. 3.º de este lib. 3.º del Código, que se ocupa de las mandas y legados, no regula de una manera especial los legados pios ó para causas piadosas que tan frecuentes son en este principado; y como si bien en cuanto á los legados en general puede afirmarse que no existe oposición entre las disposiciones que contenidas en el Código integran hoy el derecho común, y las que forman el derecho foral de Cataluña, como sea que tienen su regulación especial los legados piadosos, debida en su mayor parte al derecho canónico, no podemos menos de consignar aquí las reglas que fijan dicha especialidad.

Legados piadosos.—De la ley 28, libro 1.º, tít. 3.º *de episcopis et clericis* del Código Romano, se deduce que legados pios son aquellos que el testador destinó á obras de piedad, ya mire á lo espiritual, ya á lo temporal.

Los legados hechos á favor de los pobres en general, de la iglesia ó del hospital, cuando no hay designación se entienden hechos á los del domicilio del testador, según el capítulo 9.º de la Novela 131 y Ley 26, tít. 2.º, lib. 1.º del Código Romano; preceptuándose también en dicha Novela, capítulo 12, que deben cumplirse dentro de los seis meses desde la insinuación del testamento los legados piadosos, y que si quien debe cumplirlos los difiere, se le exigirán los frutos, intereses y cualquier otro aumento legítimo desde la muerte del testador, sin que de estos legados pueda detraerse la cuarta faldicia, sino que deben entregarse íntegros, prohibiendo la enajenación de la finca que debe proporcionarlo si está en la provincia, pero permitiendo la conmutación si las personas que deban prestarlos ó las fincas afectas á ellos están lejos, lo que se estableció también en la 2.ª de las Clementinas de relig. dom., en las Decretales, capítulo 3.º, y en el Concilio Tridentino *de reform.*, *res* 22, cap. 6.º, y *res* 25, cap. 4.º, al preceptuarse que pueden ser conmutados por el Sumo Pontífice mediante justa causa; y si no pueden cumplirse el Juez eclesiástico ó secular puede conmutarlos de acuerdo con los albaceas ó ejecutores testamentarios. (Decretal. capítulo 3.º de test.). Cuando el testador no hubiese designado persona para llevar á cabo el cumplimiento de su voluntad, deberá verificarlo el Juez eclesiástico ó el secular. (Ley 28, párrafo primero, título 3.º, libro 1.º del Código Romano.)

Por jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia, sentada en varias sentencias, entre ellas la de 21 de Noviembre de 1865, se declara que no está prohibido el legado perfecto de cantidad anual á un establecimiento de beneficencia, siempre que no se amorticen directa ni indirectamente bienes; y son de tener en cuenta, por referirse á la materia que nos ocupa, las sentencias de dicho Tribunal de 27 de Febrero de 1857, 28 de Diciembre de 1861, 28 de Febrero de 1862, 13 de Abril de 1863, 30 de Abril de 1866, 4 de Mayo de 1871, 19 de Febrero de 1872, la de 28 de Noviembre de 1884, citada en otro lugar, en la que se menciona la Ley 1.ª, del tit. 2.º, lib. 6.º, vol. 2.º, que confiere la jurisdicción en las causas pias á la curia eclesiástica; y la Resolución de la Dirección general de los Registros de 31 de Mayo de 1885.

No deben olvidarse las disposiciones contenidas en el título 3.º de la Ley Hipotecaria, que, en sus articulos 42 y siguientes, regula las anotaciones preventivas, fijando los derechos que asisten á los legatarios de pedirlas respecto de sus legados.

Legados en Navarra.—En aquel pais los legados y los fideicomisos están subordinados á las prescripciones del derecho general.

Sin embargo, la ley 14, tit. 3.º, lib. 5.º de la Novisima Recopilación, publicada en Sanguesa el año 1705, que es la Ley 26, tit. 1.º, libro 5.º de la Recopilación Alfonsina, aplicable á las mandas llamadas forzosas, previene que el Escribano ó Notario ante quien se otorgare testamento está obligado á recordar al testador si quiere dejar algo al Hospital general de Pamplona ó al del pueblo en que se ordenare su voluntad. No es necesario que se haga juntamente este recuerdo en favor de los dos hospitales; si lo hubiere en el pueblo, bastará que lo haga en favor de este ó del general de Pamplona. El Notario que omitiera el precepto de la ley incurrirá en la pena de cincuenta libras; y para acreditar que lo ha cumplido insertará en el correspondiente lugar del testamento una cláusula en que exprese haber hecho al testador aquella advertencia. El testador es árbitro de dejar alguna cosa á aquellos hospitales ó á alguno de ellos; péro el Notario debe expresar su voluntad á continuación de la misma.

Igual advertencia deberán hacer el Párroco ó Clérigo que, por falta de Notario, autorice una última disposición testamentaria, si bien nada dice la ley de que la multa se haga extensiva á estos funcionarios si dejara de hacer la indicación antes expresada.

Legados en Vizcaya.—En Vizcaya los legados y fideicomisos siguen la forma y marcha que á los mismos traza la ley general del Estado.

Resumen.—Constituye una especie de donación hecha por el testador generalmente el legado, cuya etimologia es *legem testamenti dicere*: el legado es un acto de pura liberalidad; un obsequio: si se le quita este carácter deja de ser legado, pierde su naturaleza.

Los romanos distinguieron acertadamente el legado de la institución de heredero; pues en el primero veian un titulo singular por el que al legatario se le conferia una cosa determinada; mientras que la institución de heredero es el titulo universal, el más universal, que en aquel pueblo hacia pasar la persona juridica del testador á la del heredero, á la del instituido: así es que el legatario era simplemente un beneficiado con la adquisición de bienes, derechos ó créditos; mientras que el heredero era la representación de su causante, su continuación, el que al adquirir la universalidad de los bienes del testador contraia las obligaciones de éste.

Mas en los tiempos presentes, la institución de heredero ha perdido gran importancia, por cuanto con ella ó sin ella el testamento es perfectamente válido, tienen eficacia tódas las disposiciones en el mismo contenidas; y, adquiriendo el legatario verdadera importancia, hace en ocasiones el papel de heredero.

Legados hay de varias clases, desprendiéndose su variedad de las diferentes cosas que se legan, ó del modo de legarlas.

No coartando la ley esa liberalidad del testador, carecian de limites los legados, de tal modo, que solian dejarse en número y cantidad que agotaban la herencia, hasta el punto de no quedar parte alguna para el heredero con perjuicio de éste que sufria una decepción, y con poco honor para el finado que quedaba expuesto á la ignominia de que su institución quedase destituida, por que la herencia en ciertas condiciones sólo como origen de cargas y responsabilidades podia conceptuarse.

Por esto, tratando de evitarse tales males, la Ley Falcidia prohibió que los legados excedieran de las tres cuartas partes de la herencia, reservando la otra cuarta parte para el heredero, que, es á lo que los romanos llamaron *cuarta falcidia;* extendiéndose luego el beneficio de dicha ley paulatinamente á otras materias para las cuales realmente no se habia dado; pues se hizo extensiva á las herencias fideicomisarias, á los fideicomisos particulares, á las donaciones *mortis causa*, y á las donaciones entre cónyuges, considerándose ante el derecho general y gran parte del foral como una natural compensación al titulo de heredero, esa cuarta falcidia. Unicamente la legalización Aragonesa la rechaza, por cuanto el legatario recibe directamente del testador ó sus albaceas el legado, porque allí no se conceptúa meritoria la acción de aceptar la herencia, como tampoco bochornoso, ni mucho menos significaba ignominia la repudiación de la herencia; y se comprende bién esto, porque si tan necesaria es la extracción de la cuarta falcidia ¿para qué se sostiene el beneficio de deliberar y el de inventario? Estos beneficios y la cuarta falcidia parecen antagónicos.

El fideicomiso, disposición última fiada á la buena fé del heredero, como se deduce fácilmente del análisis de la palabra, empezó á ser obligatorio en

los tiempos de Augusto, teniendo presente cuanto deben valer los vinculos que nacen del mandato y los que se derivan de la gratitud. Y aunque Justiniano lo equiparó al legado tiene cualidades esencialmente distintas.

Ejecución de las últimas voluntades.-Albaceas Testamentarios

ARAGÓN

En Aragón como en todas partes, los albaceas ó ejecutores testamentarios son los encargados de ejecutar y dar cumplimiento á la última voluntad del testador.

El cargo de albacea es allí voluntario, pero una vez aceptado obliga, pudiendo ser compelido á su cumplimiento el que lo aceptó.

Hay tres clases de albaceas: universal, singular y mixto; y puede haber más de uno, en cuyo caso el testador debe expresar si han de serlo todos ó sólo la mayor parte.

Si no pudiera cumplirse la voluntad del testador por muerte ó ausencia del albacea nombrado, deberia subrogarse en su lugar otro á instancia de cualquier pariente del testador, mediante fianza, pero fuera de este caso, no puede nombrarse otro en su lugar, cuando muera alguno de los albaceas.

Los albaceas pueden cobrar salario ó retribución en testamentarias de mucho trabajo.

La voluntad del testador debe cumplirse por el albacea dentro de un año desde el día en que para ello se le hubiere requerido, y de no hacerlo las autoridades se encargarán de su ejecución.

De los Albaceas en Cataluña

Que son albaceas.—*Marmessors* son llamados en Cataluña los albaceas, que no son otros que aquellas personas á quienes el testador designa para que den cumplimiento á las disposiciones de su última voluntad, en todo ó en parte de la misma, dividiéndose por tanto en universales y particulares. Son albaceas universales los nombrados por el testador para que lleven á cumplimiento su voluntad en la forma que dispone, cuando ha instituido por heredero suyo. á su alma, á Dios Nuestro Señor, á los pobres, á algún lugar pio, en una palabra, cuando la especialidad del heredero nombrado hace, que, no obstante de ser admitido por el derecho tal nombramiento, no pueda aquel practicar actos de tal ya por no existir en el mundo real, ya por la indeterminación de una manera precisa de los pobres nombrados generalmente, ya porque aun existiendo el establecimiento benéfico ó lugar pio en el mundo de los hechos,

por su idiosincrasia se halla imposibilitado de ejercitar todos los actos que al heredero incumben, sin perjuicio por eso del reconocimiento de su más completa capacidad jurídica para adquirir. Son albaceas particulares los nombrados por el testador para el cumplimiento de la voluntad de este en cuanto á entierro, sufragio y mandas pías se refiera.

Los albaceas universales para proceder á la enajenación ó venta de los bienes cuyos productos deben invertir en los fines benéficos ordenados, y á cuya venta es requisito indispensable que procedan desde la ley de desamortización, están autorizados para inscribir á su nombre los bienes del testador por diversas resoluciones de la Dirección general de los Registros, entre ellas la de 17 Enero de 1884, en la que después de citar como vistas las resoluciones de 5 Septiembre de 1863, 25 Septiembre de 1873, 13 Junio de 1874 y 7 Enero de 1875 establece la siguiente doctrina:

«Considerando que es doctrina sentada por esta Dirección en las mencionadas resoluciones que los albaceas universales, ó particulares con facultades para vender, pueden otorgar las correspondientes escrituras y ser éstas inscritas, si préviamente se hace la inscripción á favor de aquellos, siendo sólo indispensable que se haga á nombre de los herederos, cuando los albaceas particulares carecen de esa facultad, de la que se deduce la de inscribir á su nombre en dicho carácter.» En otra resolución de 14 Julio de 1887 se establece que es doctrina de la Dirección general consignada en la de 7 Enero de 1875 que sólo procede inscribir los bienes de la herencia á nombre de los albaceas cuando éstos son universales; doctrina que se confirma en la resolución de 26 Enero de 1889 en que se resuelve que no puede inscribirse la escritura de venta otorgada por un albacea particular sin que préviamente aparezcan inscritos los bienes á nombre de los herederos.

Quienes pueden serlo.—Pueden ejercer el cargo de albaceas todos los que pueden ser apoderados comprendiéndose entre ellos las mujeres y los varones mayores de 17 años, por el capítulo 3.° de las *Decretales de testamentis* y cap. 5.°, párrafo último de procurat. Los religiosos profesos sólo pueden serlo con permiso de su superior, según el capítulo 2.° del Sexto de las Decretales y el cap. 4.°, sección 25 del Concilio Tridentino de reforma; y, aúnque algunos autores sostienen que los que hubieren confesado al testador en la última enfermedad, sus parientes clérigos y las iglesias y comunidades á que pertenezcan no pueden ser nombrados albaceas universales y particulares de las disposiciones del mismo testador á quien hubieren confesado, tal opinión sostenida principalmente por Elias, Ferrater y Bacardi, es en extremo errónea e implica una torcida interpretación de la Real Cédula de 30 Mayo de 1830 y de la Ley 15, tít. 20, lib. 10 de la Novisima Recopilación comprensiva del auto acordado 3, tít. 10, lib. 5.° de la Novisima Recopilación, pues ni en dicho auto de



25 Setiembre de 1770, ni en la Real Cédula de 30 Mayo de 1830, se prohibe á los confesores ser albacea testamentario de la última disposición de aquél á quien confesaron en sus postrimerias, pues lo que prohiben realmente dichas disposiciones es que se dejen mandas á tales confesores, y que cuando los testadores dejen por herederas á sus almas las de sus parientes ó de otros cualesquiera, ó por via de mandas ó legados señalen algunos sufragios, ó de cualquiera modo manden hacerlos, no podrán encargarse estos á los confesores en la última enfermedad ni á sus parientes etc., etc.; debiendo en tales casos suceder los herederos abintestato: con lo cual y con lo demás que determinan las citadas prescripciones, en manera alguna puede conceptuarse que el cargo de albaceas sea incompatible con el de confesor, puesto que aun cuando realmente influir pudiera en el ánimo del testador á que favoreciése en su última disposición á determinadas personas, como ha de suponerse siempre que el testamento es hijo de la más libérrima y expontánea voluntad del testador, y el albacea por el sólo hecho de serlo en nada sucede á dicho testador, de aquí el que sólo confundiendo el albaceazgo con el fideicomiso puede atribuirse la incompatibilidad antes indicada al confesor; pero no desnaturalizando el albaceazgo y sin perder de vista que el carácter de éste es el de un verdadero mandatario, como quiera que no ha de poder extender sus funciones más allá de donde el mandato las extienda, de aqui el que en nada pueda influir para la ejecución del testamento el carácter de confesor, y por ello no le privó la mencionada Real Cédula de 30 Mayo de 1830 del ejercicio del albaceazgo, pues si tal hubiera querido hacerse no su hubiera limitado aquella Real Cédula á evitar que los confesores se encargaren de los sufragios, mandas ó legados que á favor de su alma ó de la de algunos otros hiciere el testador á quien hubieren confesado, sino que por el contrario hubiera prohibido expresamente el ejercicio del albaceazgo universal; y esto lo comprendieron perfectamente los jurisconsultos Brocá y Amell como dieron pruebas también inequivocas de haberlo comprendido los Magistrados del Tribunal Supremo, que de conformidad con la doctrina que dejamos sentada dictaron sentencias tan claras y terminantes como las de 18 Junio de 1864, 20 Octubre de 1865, 15 Diciembre de 1865, 5 Abril de 1875, 23 Junio de 1882, y otras varias que se transcribirian de buén grado sino fuera por hacer demasiado difuso este trabajo, y en cuyos considerandos se ve claramente confirmada nuestra opiniön. En la de 2 Enero de 1889 se previene que la prohibición de nombrar heredero ó legatario al confesor en la última enfermedad y á sus deudos no alcanza á los parientes espirituales de dicho clérigo ni comprende la de que éste sea nombrado albacea.

Quien puede nombrarlo. — Todo aquel que tenga la testamentifacción respecto de sus bienes, no los de un tercero; sin embargo puede nombrar administrador subrogándole en lo necesario albacea de los pios sufragios,

cuando no lo haya, el Tribunal de testamentos y causas pias de Barcelona, cuya facultad le conceden la Constitución 1.ª, tit. 2.º lib, 6.º, volumen 2.º, las Leyes 28 y 46 del Código romano y la Novela 131, cap. 11, habiéndolo asi reconocido el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre ellas la de 20 de Abril de 1876 y la de 28 de Noviembre de 1884.

Deberes y facultades del albacea. — Es libre de aceptar el cargo, pero una vez aceptado expresa ó tácitamente no puede abandonarlo, y debe cumplirlo dentro el plazo prefijado por el testador, siempre que circunstancias especiales no se lo hayan imposibilitado; pues si por negligencia ha dejado de cumplirlo, perderá cuanto le hubiere dejado el testador; asi se establece en el cap. 6.º de las Decretales de *testamentis*, y lo tiene sentado el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de Noviembre de 1861 y 18 de Marzo de 1865. El mismo Supremo Tribunal de Justicia, en otra sentencia de 24 de Diciembre de 1888, reconoce al testador la facultad para prorrogar el plazo que la ley establece como máximo para cumplir el encargo.

El albacea universal está obligado á tomar inventario de los bienes del testador y dar cuenta de su administración *(Clement. Relig. de test.)*; y hallándose autorizado para la venta, ha de llevarse esta á cabo en pública licitación, conforme lo previene la Ley 1.ª, tit. 12, lib. 10 de la Novisima Recopilación, y lo establece el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Octubre de 1864; y con autorización judicial cuanto se trate de bienes de menores.

Los albaceas no pueden delegar su encargo á no ser que estuviesen autorizados para ello por el testador, ni pueden obrar *in solidum* sin dicha autorización expresa, debiendo proceder por mayoria de la mitad mas uno siendo impares, ó la mitad cuando el número de los nombrados sea par, segun el capitulo último del sexto de las Decretales De testamentos; y cuando falten todos, ó el numero necesario, los Jueces eclesiástico ó secular deben proceder á su reemplazo, según la Novela 115, cap. 3.º, teniendo reconocida dicha facultad en Barcelona el Tribunal de testamentos y causas pias que antes hemos indicado. Las autoridades pueden requerir á los albaceas para que cumplan en el modo debido la voluntad del testador, con arreglo á lo preceptuado en las Decretales, cap. 3.º, en la Novela 131, cap. 10, en la Constitución 1.ª, tit. 2.º, libro 6.º, volúmen 2.º, y en sentencias de 18 de Enero de 1865 y 29 de Abril de 1876.

Duración del cargo.—El cargo de albacea termina cuando se ha cumplido dentro del termino señalado por el testador, en otro caso, dentro del señalado por la ley, y por remoción del mismo en sentencia firme; remoción que asi puede fundarse en la incuria y negligencia del albacea, ó en el fraude que tal vez le hubiese guiado en alguna de las operaciones ó contratos realizados con ocasión de su encargo, en cuyo último caso le alcanza la disposición del

art. 412 del Código penal, que castiga con la inhabilitación temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del interés que hubiese tomado en el negocio, además de la perdida de lo que el testador le señaló á que antes nos hemos referido.

Remuneración. — Los albaceas universales tienen derecho á percibir un tanto por ciento en premio de su gestión, el cual es vario, según la costumbre del lugar; así, mientras en Barcelona es costumbre abonarles el 10 por 100 del importe liquido de las rentas, frutos ó intereses de la herencia, en la diócesis de Vich es el 5 por 100, no pudiendo exceder de 80 pesetas. Este premio de administración, empero, no les corresponde cuando el testador les ha hecho alguna manda que han aceptado.

Albaceas particulares.—Son aquellos á quienes se dá el encargo de cumplir lo dispuesto referente á entierro, pios sufragios y legados pios. Por lo general acostúmbrase á dejar á su discreción lo que se refiere al entierro y sufragios.

El Tribunal Supremo, tiene establecido como constante jurisprudencia, que los albaceas particulares, para cumplir los encargos que les encomiende el testador, pueden realizar é inventariar los bienes herenciales: Sentencias de 7 y 30 de Junio de 1862, 17 de Enero de 1866, 29 de Abril de 1867, 11 de Mayo de 1871, 23 de Junio de 1883, 11 de Julio de 1885 y 2 de Abril de 1886; y, las Resoluciones de la Dirección general de los Registros de 7 de Enero de 1875, 17 de Enero y 30 de Octubre de 1884, 31 de Mayo de 1885, 14 de Julio de 1886 y 26 de Enero de 1889, establecen el carácter y distinción de los albaceas universales y particulares y las atribuciones de unos y otros para los efectos de la inscripción y venta de los bienes del albaceazgo.

Antes de terminar, no podemos menos de exponer que no debe confundirse al albacea con el heredero de confianza y el fiduciario; y nos fijamos más en esto al ver que algunos tratadistas de derecho catalán suponen que los albaceas universales tienen el nombre y consideración de herederos, lo que deducen del párrafo 4.º, Ley 49, lib. 1.º, tit. 3.º del Código Romano *De episcopis et clericis*, cuando son de naturaleza tan distinta: el albaceazgo tiene el carácter de mandato, el fideicomiso y el nombramiento de heredero de confianza, dan nombre y consideración de tales á los que recogen en primer término del testador la herencia para traspasarla á otros; y siendo de distinta naturaleza y viéndose en ellos carácter muy diverso, no puede menos de considerárseles como diferentes en su esencia y en el ejercicio de su cargo. No se diga, pues que la consideración de herederos se deduce de la Ley 49, párrafo 4, libro 1.º, tit. 3.º del Código Romano antes citada, por cuanto en tal disposición sólo se dijo que se les llamó herederos y se les dió consideración de tales á los

administradores de la herencia para fines especiales; y aun cuando al tratar de los encargos que á los Obispos se les hacia de redimir cautivos y socorrer pobres, se hubiera dicho muy claro que á los administradores ó ejecutores de tales encargos se les daba el nombre y consideraciones de herederos, esto no podia haberse referido jamás á los albaceas comunes, ya particulares ya universales; y caso de haberse referido á ellos, tal dicción no seria técnica, por cuanto el albacea es meramente el ejecutor de las disposiciones del testador, ejercitando el mandato que aquel estableció en su última voluntad, mientras que el heredero adquiere los derechos del testador y contrae las obligaciones del mismo; lo cual no tiene lugar en el albacea, que por el simple hecho de serlo no compenetra en los derechos y obligaciones herenciales, sino que se obliga á ejecutar y llevar á efecto la voluntad del testador, sin que se establezcan otras relaciones juridicas por el albaceazgo que las del mero mandato: asi es que el albacea será un representante de la herencia, un mandatario del testador, que como tal, ejercita las acciones que hubiere ejercitado el mandante, si viviendo pudiera ejecutarse su testamento, que paga deudas, cobra créditos, satisface legados y distribuye la herencia, según se ordenó en la última voluntad del finado; pero jamás mientras conserve puramente su carácter de albacea podrá llamarse ni tener consideraciones de heredero, ni ser más que el fiel interprete de la voluntad del testador.

Y aunque pudiera ofrecer dudas el texto de la referida disposición, por cuanto traducido más ó menos libremente podria creerse por algunos que el nombre y titulo de herederos se referia más bien á los pobres y esclavos que al mismo administrador, tanto porque á éste se le designa en singular y el nombre y consideración de herederos se refiere á varios, como porque siendo considerados los esclavos como cosas y no pudiendo, por consiguiente, ejercer funciones de persona juridica, habian de tener un representante que fuese tambien la representación de la herencia, con sólo fijarse en que le priva de deducir la cuarta Falcidia, ha de comprenderse perfectamente que ni aún, según esa ley contradictoria en si misma, se les daba el carácter de herederos á los albaceas, y que sólo por la especialidad del caso, como anteriormente hemos dicho, se les concedia acción para exigir lo correspondiente al objeto de llevar á debido cumplimiento la voluntad del testador.

Ejecución del testamento en Navarra.—La ejecución testamentaria en aquel pais se confia á los albaceas, y sigue las mismas disposiciones que se observan en la generalidad de la nación, como sucede en Vizcaya y en casi todas las regiones aforadas.

Revocación del testamento ante el Derecho Foral

ARAGÓN

Conceptúan los Fueros de Aragón, que el último testamento es el que tiene eficacia, aunque el primero ó anterior esté confirmado con juramento, ó el testador haya dicho que no puede revocarle: *Ultimum testamentum semper valet*, etcétera, etc.

La voluntad ambulatoria es hasta la muerte, y tan natural y lógico el derecho de cambiarla, que el testador, ni aún con juramento, puede obligarse á no alterarla, y por lo tanto, nada hay que le obligue á no revocar su testamento. Y aunque por algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 7 de Diciembre de 1869, se resuelve que el testamento primero hecho con dicha cláusula no es derogado por el posterior más que en aquello que el segundo se refiere al primero, según una particular y especialísima interpretación que se le dá á la Ley 22, tít. 1.º, Part. 6.ª, realmente lo racional es que el testamento posterior revoque al anterior, por cuanto no puede prescindirse del principio de la revocabilidad de la voluntad. Se comprende bien que sólo un testamento perfecto y otorgado con arreglo á la ley pueda derogar al anterior, y que no tenga fuerza derogatoria aquel testamento hecho contra ley; pero esto no desvirtúa la revocabilidad de las disposiciones testamentarias ni trunca el principio de que la voluntad del hombre ambulatoria es hasta la muerte.

Pero se les ocurre á algunos una duda que para nosotros no tiene razón de ser; y es la de si cuando el primer testamento encierre una institución de heredero, y el último no entrañe tal institución, tendrá éste fuerza para derogar aquél. Nosotros no lo dudamos; primero, porque al presente no hay necesidad de institución de heredero, y en segundo lugar, porque en Aragón nunca ha sido necesaria esa institución.

Revocación testamentaria en Navarra y Vizcaya.—No hay disposiciones especiales en aquellas regiones mas que las indicadas al tratar del testamento de hermandad, y se someten sus moradores á las leyes generales de la nación.

De la sucesión intestada ante el Derecho Foral

ARAGÓN

Título universal de adquisición es la sucesión intestada, como lo es la sucesión testada, y después de haber tratado de ésta, lógico y natural es que nos ocupemos de la intestada.

Por una y otra se traspasan al sucesor ó sucesores los derechos y obligaciones del causante; pero asi como la sucesión testada depende esencialmente de la voluntad expresa del testador, la sucesión legitima tiene su base y fundamento en los llamamientos que la ley hace á los más próximos parientes en defecto de expresa manifestación del premuerto.

Por esto dice el Fuero de Aragón que la sucesión *ab intestato* tiene lugar cuando alguno muere sin hacer testamento, ó cuando habiéndolo hecho, no ha observado las solemnidades legales que se exigen para su validez.

Cuando uno muere intestado en Aragón, le suceden sus descendientes, y en su defecto, los colaterales, y á falta de estos, los ascendientes.

Son incapaces de suceder *ab intestato*:

1.° El que injustamente mató á la persona á quien se trata de heredar; pues por este hecho no sólo pierde el derecho á su herencia, si no aún los bienes que antes de la perpetración del crimen fueron transferidos á él ó á los suyos por la persona cuya muerte causó, los cuales pasarán á los parientes más próximos de ésta, por parte de donde descienden los bienes. Mas, según el Fuero único de *his. qui procur. mort.*, etc., etc., no incurrirá en esta pena cuando hubiese causado la muerte en servicio de su señor, en defensa de su patria ó de su persona, ó en auxilio de su consanguineo ó amigo. Pero estos preceptos no son aplicables hoy en todas sus partes porque la constitución fundamental del Estado previene que ninguna pena será trascendental á la familia del que la sufre, ni puede extenderse en manera alguna más allá del reo; ni existen ya esas diferencias entre señores y vasallos.

2.° Son tambien incapaces para suceder *ab intestato* los hijos desafiliados, siempre que el padre no los hubiera vuelto á afiliar ó á recibir como hijos. Sin embargo, el desafiliado por haber hecho perder los bienes á su padre ó madre, puede sucederles *ab intestato*, si á lo que previene el Fuero 3.° de *exheredat. filior.*, se atiende.

3.° El que pierda el derecho hereditario por alguna de las causas expresadas ya al tratar del heredero testamentario, como el hijo ó hija que haya herido al padre ó á la madre; los que hayan sido causa de que sus padres pierdan sus bienes, y los demás comprendidos en el Fuero 2.° de *exheredatione filior*, son tambien incapaces para suceder *ab intestato*.

Los herederos *ab intestato* unicamente partirán entre si los bienes que hubiera dejado el difunto al tiempo de la muerte, sin traer á colación lo que durante su vida hubieran recibido de él, porque la colacion de bienes no tiene lugar, según Fuero. Al menos asi lo previene la Observancia 1.ª de *Donationibus* y la 17 de *Jure Dotium*.

La posesión y el dominio de la herencia en la sucesión *ab intestato*, se transmite y continua, como en la testamentaria, sin acto alguno, según el Fuero 30 de *Aprehensionibus*.



El heredero *ab intestato* está obligado á pagar las deudas del difunto, lo mismo que el testamentario, *(F. un. de his qui in fraud. credit. etc.)*

De la sucesión de los descendientes.—Todos los hijos legitimos sin distinción de sexos, suceden por igual á los padres, puesto que el Fuero no hace diferencias entre varones y hembras.

Tienen parte en la herencia los hijos de diferentes matrimonios, con tal que lo sean de la persona á quién se trata de heredar, y juntamente con estos sucederán los adoptivos.

No tienen derecho á la sucesión á que se refiere el párrafo anterior, el hijo natural; puesto que si el padre no le deja nada, no tiene acción para reclamar cosa alguna, y que solo en vida de su padre ó madre puede pedir alimentos. Asi lo preceptúa la Observancia 25 de General privil. etc., etc.

Según la Ob. 6.ª de *Testamentis*, los nietos suceden á los abuelos como representantes aquellos de sus premuertos padres. Pero no podran recibir más que lo que hubiera correspondido á su padre si viviese.

El derecho de representación solo se admite en los descendientes, según la Observancia 5.ª de *Testamentis*.

Sucesión de los colaterales.—A falta de descendientes, suceden los colaterales en la forma siguiente:

1.º En los bienes que hubiere adquirido la persona á quien se trata de heredar por sucesión de sus parientes, la sucederán los más próximos por la parte de que descienden los bienes; de conformidad con lo prevenido en el Fuero único de *Rebus vincul.*, y el Fuero 1.º de *Succes. ab intest.*; así es que en los bienes que hubiera recibido del padre ó de otro pariente por linea paterna, sólo sucederán los más próximos parientes de dicha linea; en los que provinieran de la materna, sucederán exclusivamente los parientes de esta linea; y si quedaren dos hermanos del difunto, el uno de ambos lados, y el otro uterino, los dos sucederán en los bienes maternos, pero en los paternos sólo el primero, ó sea de padre y madre.

En los bienes que la persona á quien se trata de heredar había adquirido por su propia industria ó por cualquier titulo que no sea el de sucesión de sus parientes, la sucederán los que deje al morir de ambas lineas paterna y materna, de manera que los bienes se dividirán en dos partes iguales, una para los parientes más próximos por la linea paterna, y otra para los parientes maternos más cercanos. Esta regla tendrá lugar aun cuando los parientes por la linea materna estuviesen en grado mucho más remoto que los de la paterna ó viceversa, pues la herencia siempre se ha de partir por igual entre los parientes de ambas lineas; según la Observancia 7.ª de *Testamentis*.

Exceptúanse de esta disposición que acabamos de exponer:



1.° Los bienes que uno dió, vendió ó enajenó de cualquier otro modo á su hermano; pues si este muere intestado y sin dejar hijos, le sucederá exclusivamente su hermano enajenante, de conformidad con lo que prescribe el Fuero 2.° de *Succesor. ab intest.*

2.° Los bienes consorciales ó consorcio foral de que ya tratamos luego, puesto que en ellos se sucederán exclusiva y reciprocamente los consocios.

Los bienes inmuebles que, según antiquísima práctica en el Reino, se deben dividir del mismo modo que los adquiridos por propia industria de la persona á quien se ha de heredar.

Hemos dicho ya que en la línea transversal no hay derecho de representación; y por consiguiente, cuando uno muera dejando hermanos y sobrinos, hijos de otro hermano ya difunto, estos últimos quedarán excluidos de la herencia que recibirán únicamente los hermanos; según la Observancia 6.ª de *Testamentis.*

Los bienes dados por el padre lego á su hijo adulterino ó de dañado ayuntamiento, que muera intestado ó dentro de la menor edad, deben volver á los parientes más próximos por aquella parte de donde provienen dichos bienes; á no ser que sobre ellos se hubiera fundado vínculo, porque entonces irían á los llamados por el fundador: mas esta última parte del precepto de la Observancia 25 de General privil. etc., etc., y 2.ª de *Nautis ex dacunt. coit*, no puede tener lugar hoy que en virtud de la ley desvinculadora no pueden crearse mayorazgos.

De la sucesión de los ascendientes. — Los ascendientes en linea recta sólo suceden á los descendientes en los casos siguientes:

1.° Cuando el padre ó la madre hayan hecho alguna donación á su hijo por causa de matrimonio ó por otra cualquiera, *inter vivos*, muriendo éste sin sucesión, heredan el padre ó madre donantes los bienes en que consistia la donación. Lo mismo sucederá en el caso de que el donatario dejase hijos legitimos si mueren intestados ó dentro de la menor edad; pues asi lo preceptúa el Fuero 1.° de *Succesor ab intest.*; y entenderse debe por escrito, lo mismo con relación á los bienes muebles que á los inmuebles, con tal que existan al tiempo del fallecimiento.

2.° El padre ó madre heredan exclusivavente los bienes que hubiesen vendido ó transferido de cualquier manera á sus hijos, si éstos mueren sin sucesión legitima. Así lo previene el Fuero 2.° de *Succesor ab intest.*

3.° El marido, muertos sus hijos, hereda la *firma de dote* de su mujer cuando consista en bienes sitios.

4.° Los padres suceden á su hijo en los bienes que éste hubiere adquirido por cualquier título que no sea el de sucesión de sus parientes, en la forma prescrita en la Observancia 7.ª de *Testamentis.*



5.° En la misma forma suceden los padres al hijo en todos los demás bienes de su pertenencia cuando no deja pariente alguno transversal.

Sucesión del Estado y del Hospital de Zaragoza.—El Estado sucede en los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado: 1.° Los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes, por lo respectivo á la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre: 2.° El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales: 3.° Los colaterales, desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión. Mas esta disposición, lejos de ser foral, está fundada en el art. 2.° de la Ley de 16 de Mayo de 1835, sobre adquisiciones á nombre del Estado, y hoy ya puede considerarse inaplicable como lo es todo lo que no preceda del derecho originario de las regiones aforadas, siendo derogadas por nuestro Código civil cuantas leyes de carácter general en observancia estuvieren antes y se opongan ó sean contradictorias con las prescripciones de dicho Código.

El Hospital general de Zaragoza, por privilegio, hereda todos los bienes muebles y sitios (como no sean vinculados) de todos los enfermos y dementes que mueren en él intestados y no dejan parientes legítimos dentro del cuarto grado. (Fuero de 1626, tít. Facultad al Hospitad Real de Zaragoza).

Del consorcio Foral

Casos en que tiene lugar este consorcio. — Verdadera institución es esta, de la que podría tratarse extensamente, pero en gracia á la brevedad, hemos de concretarnos á exponer lo más esencialmente indispensable.

Cuando son muchos los que suceden por última voluntad y no se hace división de bienes, se forma por beneficio del Fuero un consorcio en los casos siguientes:

1.° Cuando son hijos ó nietos los que heredan de sus padres ó abuelos. (FF. 1.° y 2.° de *communi divid.* y Obs. 13 y 14 de *Consort. ejusd. rei).*

2.° Cuando suceden tíos con sobrinos que representan á sus padres.

3.° Cuando suceden varios hermanos no sólo á sus ascendientes sino también á sus colaterales.

El *consorcio foral*, llamado también por algunos *fideicomiso foral*, tiene lugar, tanto cuando se sucede por testamento, como *ab intestato*; así al menos

se deduce del Fuero 3 de *Communi divid*, pero únicamente se formará sobre los bienes inmuebles, porque las disposiciones forales no hablan más que de los de esta especie.

Tiene también lugar entre hermanos de distinto sexo y de diferente matrimonio; pero es preciso que sean hermanos, respecto de aquel en cuyos bienes suceden, y así no habrá consorcio entre dos hermanos uterinos instituidos por el padre de uno de ellos. Puede existir consorcio igualmente entre hermanos ilegítimos.

Para que tenga lugar el consorcio foral, se requiere además:

1.º Que se hayan adquirido los bienes por inmediata sucesión de los ascendientes ó colaterales, ya sea por título universal ó particular; y así, cuando uno de éstos hubiere transferido sus bienes á un extraño, el cual instituye después heredero de ellos á dos hermanos del que se los había dejado, no habrá consorcio, sino una simple sociedad hasta que se dividan. Esto, no obstante, los bienes en que los hijos ó hermanos suceden á sus ascendientes ó colaterales en fuerza de un fideicomiso confiado á persona extraña, se consideran adquiridos por inmediata sucesión de los parientes.

2.º Que la adquisición provenga del mismo derecho y del mismo título.

Si la adquisición de los bienes procede de un mismo derecho; pero por diferentes títulos son adquiridos, no puede haber consorcio; mas lo habrá indudablemente entre los que adquieran los bienes por el mismo título, cuando corresponda, según Fuero.

3.º Que los bienes estén indivisos de tal manera que ningún heredero ó legatario pueda designar su parte. (Fueros 1.º y 2.º de *Communi divid*, y *Obs. de Consort. ejusd. rei.*)

No puede haber consorcio entre los que no sean hermanos ó no sucedan representándoles, aunque entre sí y con respecto á la persona á quien sucedan, tengan los mayores vínculos. Así es que no habrá consorcio: 1.º Cuando el testador instituya herederos ó legue una finca á su hija y á un nieto nacido de ella, porque ni son hermanos ni suceden en lugar de tales. 2.º Cuando instituye á un hijo y á un nieto nacido de una hija que vive todavía, porque ésta no puede ser representada por su hijo. 3.º Cuando instituye á un hijo y á un nieto habido de un hijo muerto ya; porque el nieto, como instituido, no entra en la herencia representando á su padre, que es lo que parece exigir la Observancia 14, ya citada, y la Resolución dada en 1560 por la Real Audiencia de Zaragoza.

No existe tampoco consorcio foral entre marido y mujer que poseen bienes comunes *pro indiviso*, sino una verdadera sociedad á la que se refieren las Observancias 33, 43 y 57 de *Jure Dotium*.

De los efectos del Consorcio Foral

Los efectos del consorcio foral son:

1.° Que ninguno de los consortes pueda enajenar, ni obligar de manera alguna la parte que le corresponda en los bienes indivisos; ni imponer servidumbres sobre ellos en favor de extraño.

2.° Que el consorte no pueda disponer de su parte por última voluntad sino en favor de sus hijos. (Obs. 1.ª y 12 de *Consort. ej. rei.*)

3.° Que si muere uno de los consortes antes de dividir los bienes acrece su parte á los demás, los cuales no tendrán que pagar las deudas á que ésta estuviere obligada por el consorte difunto. (Fueros 1.° y 2.° de *Communi divid.* y Obs. 6.ª y 13 de *Consort. ej. rei.*)

4.° Que el que posee los bienes del consorcio no los pueda prescribir contra los otros consortes, porque se considera que los posee á nombre de todos.

A pesar de lo que queda expuesto, el consorte podrá enajenar su parte: 1.° Cuando ha llamado á división y los demás consortes no se han reunido para ejecutarla. 2.° Cuando los consortes restantes consientan ó ratifiquen la enajenación. 3.° Cuando los demás consortes han enajenado sus porciones, y lo mismo cuando han muerto. 4.° Cuando los bienes indivisos no admiten cómoda partición; un horno ó una fábrica, etc., etc. 5.° Cuando se hace para pagar las deudas de aquel de quien recibió los bienes. 6.° Cuando se hace en favor de otro consorte ó de su hijo, si el enajenante no tiene sucesión.

En el caso de que un consorte venda todos los bienes indivisos creyendo que le pertenecen á él solo, la venta subsistirá aún en la parte que corresponda á los demas; pero estos podrán reclamar el precio de ella al consorte vendedor ó su heredero, y al comprador subsidiariamente; si bien en este último caso, el comprador de la cosa indivisa vendida por un sólo consorte tiene derecho para retenerla cuando fuere reivindicada por los demás, hasta que se le abonen las mejoras que en ella hubiere hecho, según lo decidió la Real Audiencia de Zaragoza en 1575. Mas cuando no fuere reivindicada por los demás consortes, puede prescribir la parte correspondiente á los consortes no vendedores por el trascurso de 30 años, contados desde que se hizo la venta; sin que la porción del consorte vendedor pueda ser prescrita por el comprador hasta que transcurran los 30 años desde la muerte de dicho enajenante.

El marido puede obligar, para la restitución de la dote, los bienes consorciales.

Los bienes consorciales no pueden venderse por delito cometido por el consorte, á no ser que en vida de éste se decretara la división judicial, en cuya caso, todo lo que corresponda al delincuente quedará afecto á las responsabilidades pecuniarias que se impusieran.

Los hijos qne deben heredar á los padres en los bienes consorciales podrán

revocar la enajenación que éste hubiera hecho de ellos, pero sólo después de su muerte, y desde éste momento se empezará á contar el tiempo para poder aprehender y para que corra la prescripción.

Los consortes á quienes acrezca la porción de alguno de ellos estarán obligados á pagar sus deudas: 1.° Cuando se hayan convertido en utilidad de los bienes consorciales ó de la porción del que las contrajo: 2.° Cuando el consorte que murió hubiera obligado su parte con arreglo al Fuero, para pagar las deudas de la persona de quien recibió los bienes: 3.° Cuando hereden otros bienes además de los consorciales.

Cuando concurran á suceder en la parte de un consorte premuerto algún hermano del mismo y los sobrinos hijos del otro hermano, acrecerán todos á la vez sin preferencia alguna, á diferencia de lo que sucede en la sucesión intestada. Mas en ningún caso acrecerán por igual, sino proporcionalmente á los bienes que cada uno tenia en el consorcio: lo cual sucede también en la partición de los réditos ó producto de los bienes que no admitan cómoda división. Asi se deduce del Fuero 3.° *Communi divid.*, y de la Observancia 14 de *Consort. ej. rei.*

El hermano está obligado á dividir con los otros consortes las adquisiciones que haga por razón de los bienes indivisos. Mas no tiene obligación cuando posee por largo tiempo los bienes indivisos; porque entonces cumple con dar á los consortes la parte que de ellos les corresponda, según asi lo prescribe el Fuero 7.° de *Communi divid.* y las Observancias 7 de *Consort. ej. rei. y un. de Negotiis gestis*, como tampoco está obligado á tal división respecto de lo adquirido por su propia y exclusiva fortuna ó por su industria.

No gozan del derecho de acrecer los hermanos que no sean consortes en una misma finca, ó en unos mismos bienes; pues asi lo determinan los FF. 1.° y 2.° de *Communi divid.*

Cesa el derecho de acrecer: 1.° Cuando el consorte muere intestado dejando algún hijo legitimo, por que éste hereda la porción de aquel con preferencia á los demás consortes, aunque su padre la hubiese enajenado en favor de un extraño ó de otro consorte, ó parte en favor de extraño y parte en favor de su hijo, pues asi lo previenen las Observancias 11 y 12 de *Consort. ej. rei.*, reservando los Fueros esta porción á los hijos no sólo cuando al estar poseyéndola muere el padre intestado, sino cuando fallece bajo testamento, sin que llegue á tener eficacia tal enajenación, aun cuando los hijos nazcan después de efectuada: así es que en todos estos casos pueden vindicar los hijos la porción consorcial de su padre como si fuera fideicomiso á favor de los mismos: 2.° Cuando el que muere tenga nombrado sustituto por aquel de quien heredó los bienes, por cuanto en este caso le sucederá el sustituto con preferencia á los consortes.

Los efectos del consorcio foral no tienen lugar en perjuicio del derecho de viudedad por Fuero constituido.

Disolución del Consorcio Foral

Se disuelve el consorcio:

1.° Por la división de los bienes hecha con instrumento público, según los FF. 1.° y 2.° de *Communi divid.*

2.° Por la división de los bienes hecha sin instrumento ni fianza, con tal que todos los consortes hayan poseido su parte separadamente á presencia unos de otros y por espacio de diez años después de practicada, porque el transcurso de este tiempo autoriza de tal modo la división que la parte del que muera no acrecerá á los demás consortes, y cada uno de estos podrá disponer libremente de la suya, tanto en vida como por última voluntad. (Obs. 4.ª de *Consort. ej. rei.*).

3.° Con respecto al consorte que renuncia su parte á favor de los demás ó que otorga definimiento dándose por satisfecho, se extingue también el consorcio, porque en este caso ya no puede reclamar cosa alguna. (Obs. 17 de *Jure Dotium.*)

Es más, el consorcio foral entre el cónyuge superstite y sus hijos no sólo concluye por hacerse aquel binubo, sino cuando éstos de cualquier modo significan su deseo de separarse del consorcio, ya haciendo inventario, ya pidiendo la partición, etc., etc., pues desde entonces aunque retenga el binubo los bienes por gozar del usufructo que en ellos tiene, las pérdidas y ganancias no son comunes como durante el consorcio.

Para que la división de bienes de que habla la disposición primera de las anteriormente expuestas surta sus efectos debe tener los requisitos siguientes: 1.° Que se haga con eviccion reciproca. 2.° Que sea cierta y determinada, y no intelectual. 3.° Que se ejecute de todos los bienes que pertenecian al morir á la persona de quien los recibieron los consortes, pues quedando una sola finca sin dividir continuará el consorcio en ella. 4.° Que la division sea pura ó que si es condicional esté cumplida la condición. 5.° Que sea permanente, porque si inmediatamente después de haberla ejecutado se reunen de nuevo los bienes, continuará en ellos el consorcio. 6.° Que todos los consortes intervengan en ella, porque si no concurre alguno de ellos, aunque respecto de los presentes será válida la división y quedará disuelto el consorcio, será todo nulo por lo que mira al ausente; á no ser que se citase á sus parientes más próximos para que presencien la división, ó que por el Juez se le nombre curador para este efecto, cuando habiéndole llamado por pregones no hubiera comparecido.

Los consortes pueden anular hasta tres veces la división de los bienes hechas sin instrumento público; según determina el Fuero 6 de *Comuni divid.* Esto no obstante quedará válida la expresada división, é irrevocable será si uno de los consortes muere antes de que los otros hayan manifestado su voluntad de anularla; así lo previene la Ob. 10, de *Consort. ej rei.*



También será válida la división que se haga por medio de sentencia arbitral. Todos los consortes deben hacer y pagar á prorrata los reparos que sean necesarios en las cosas que no admitan cómoda división; y si uno de ellos quiere que sus réditos ó productos se dividan por dias, por semanas ó por meses debe ejecutarse así, según se previene en el Fuero 2.° de *Consortibus ejusdem rei.*

Varios son los autores que se han dedicado á tratar esta materia, pero los más acertados fueron Portolés, La Ripa, Asso y de Manuel y Franco y Guillen.

De la Sucesión intestada en Cataluña

La sucesión intestada ó legítima que es la que tiene lugar, con arreglo á las disposiciones de la ley y por el órden que en ella se establece, á falta de la testamentaria, regúlase en Cataluña por las disposiciones contenidas en el derecho romano, Novelas 118 y 127, y en los títulos 11, libro 38 del Digesto y 18, libro 6.° del Código *Unde vir et uxor*; y se reputa que no existe la testamentaria no sólo cuando uno muere sin testamento sino también cuando éste es nulo ó se invalida por cualquiera de las causas que ya expusimos al tratar de los testamentos en esta región; sin que aparte del principio de que nadie puede morir con testamento y sin él, que es regla de derecho, á excepción de Barcelona, en el resto del principado catalán, la cual está en oposición con el contenido del número segundo del artículo 912 del Código Civil, exista variante entre las prescripciones de este en su sección primera cap. 3.°, tit. 3.°, lib. 3.° y las de aquel derecho.

Son principios generales en esta clase de sucesiones que á falta de sucesión testamentaria la ley defiere la herencia á los más próximos parientes según el párrafo 1.° de la Instituta lib. 3.°, tit. 1.° *De heredatibus quæ ab intestato*; que para la proximidad se atiende al dia de la muerte cuando no hay testamento, y, habiéndolo, al dia en que sea cierta la falta de heredero con arreglo al tit. 2.° *De legitima agnatorum sucesione* del citado libro de la Instituta; que entre las órdenes de llamamientos, el anterior excluye al posterior, como en cada órden de varias personas, la más próxima excluye á la más remota excepto en los descendientes y á los hijos de hermanos; que el parentesco que da derecho á esta sucesión es el de consaguinidad; que no obstante el parentesco civil créase un perfecto derecho en la adopción plena y en la arrogación, así lo expresa el párrafo 4.° de la Ley 1.ª, lib. 38 del Digesto, tit. 8.°, *Unde cognati*; que la computación de grados se hace civilmente conforme á lo dispuesto en el art. 2.° de la Ley de 16 de Mayo de 1835; y que para tener derecho á la sucesión es necesario que el individuo exista á lo menos como nacido al tiempo de la delación y que reuna desde entonces la capacidad exigida por la ley según se deduce de la Ley 1.ª, lib. 38, tit. 17 del Digesto, *Ad Senatus consultum Trevellianum et Orphicianum*.



Son llamados á la sucesión intestada catalana según la Novela 118 y Ley de 1835:

1.° Los descendientes: 2.° los ascendientes junto con los hermanos germanos é hijos de estos premuertos: 3.° los hermanos unilaterales é hijos de estos premuertos: 4.° los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive sin distinguir entre bilaterales y unilaterales: 5.° los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes, respecto á la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen para suceder á su madre: 6.° el cónyuge sobreviviente, no separado por demanda de divorcio contestada: 7.° los parientes colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive: y 8.° el Estado.

De los descendientes.—Los hijos y en falta de ellos sus más próximos descendientes, suceden á los ascendientes, sin distinción de sexo ni edad (Novela 118). Cuando todos los descendientes se hallen en un mismo grado suceden por partes iguales, y los que se hallen en grado más remoto suceden en falta de los primeros por derecho de representación según la misma Novela.

Ascendientes.—Estos suceden al difunto cuando no existen descendientes del mismo, junto con los hermanos germanos ó de doble circulo *in capita*, observándose empero la prerrogativa de grado, conforme á lo que previene la Novela 118, en su cap. 4.° Los hijos de los hermanos germanos sólo suceden en representación de sus padres cuando concurren con algún hermano germano de éste, preceptuándolo así la Novela 127 cap. 1.°

En el Valle de Aran, según la confirmación de costumbres en las sucesiones dadas por Pedro III, los ascendientes que suceden á falta de descendentes heredan los inmuebles profectivos, cartrenses, y adventicios, siguiendo la regla de troncalidad; y los hermanos suceden en los muebles, y en todos los comprados por el difunto deducidas las deudas y mandas de éste.

Colaterales.—A falta de descendientes y ascendientes suceden los hermanos germanos del difunto por cabezas, y los hijos del hermano premuerto por derecho de representación; excluyendo unos y otros á los hermanos unilaterales ó de vinculo sencillo, sean consanguineos ó de parte de padre, ó uterinos, ó de parte de madre.

Los demás parientes colaterales, sin distinción de vinculos, son llamados á suceder y heredan á falta de los anteriores, con arreglo á lo prevenido al final del cap. 3.° de la Novela 118.

Hijos naturales legalmente reconocidos.—Por la Ley de 16 de Mayo de 1835, son llamados en Cataluña, en quinto lugar á la sucesión intes-

tuda del padre, sin perjuicio de los derechos preferentes para suceder á la madre, los hijos naturales legalmente reconocidos.

Cónyuge sobreviviente.—Este hereda los bienes del difunto, intestado, cuando no existe alguno de los parientes llamados por la ley con preferencia, en la forma que venimos exponiendo; con arreglo á lo prevenido en el tít. 11 del Digesto, *Unde vir et uxor*, pero con la limitación de que á su muerte deben volver los bienes raices de abolengo á los colaterales, heredando plenamente el usufructo y propiedad de los demás.

Hijos naturales no reconocidos.—Suceden á la madre y parientes de ésta, juntamente con los legitimos, según la Instituta *De Senat. Orphit.* libro 3.°, tít. 4.°; y en cuanto al padre le suceden tan sólo en el caso de morir intestado sin dejar consorte ni hijos legitimos en una sexta parte de la herencia entre todos; á cuya sucesión es admitida la madre en una porción viril: empero, si el padre difunto ha dejado viuda ó algún descendiente legitimo, los hijos naturales no tienen más derechos que el de alimentos que les reconocen las Novelas 18, cap. 5.°, y 89, cap. 12.

Hijos espúreos.—Son los nacidos de mujer libre y cuyo padre es incierto, de aqui que ningún derecho tengan á la sucesión de éste, mientras que suceden á la madre y á sus parientes con arreglo á la Ley 5.ª del tít. 57, *Ad Senat. Consult. Orphit.*, lib. 6.° del Código Romano.

Hijos ex damnato coitu.—Son los de dañado y punible ayuntamiento, y en ellos se comprenden los incestuosos, los adulterinos y los sacrilegos, á todos los cuales se les considera excluidos de la sucesión legitima, así materna como paterna, y sólo *per equitatæ canonica* se les conceden alimentos con arreglo á la posibilidad de los padres; siendo de observar que los hijos habidos de un casado con una soltera son reputados adulterinos, por el Decreto de Graciano, cap. 4.°, causa 32, cuestión 4.ª, y cap. 5.°, causa 32, cuestión 6.ª.

Sucesión en los bienes de los impúberes.—En la sucesión abintestato de los bienes de los impúberes, rige en Cataluña el principio de tronalidad, ó sea que los bienes vuelven al tronco de donde proceden, cuyo principio viene proclamado en la Constitución 2.ª, tít. 2.°, lib. 6.°, vol. 1.°, cuyo texto es el siguiente: *Los bienes que hubieren provenido á los impúberes del padre ó del abuelo ó de otros de linea paterna, adquiridos por cualesquiera causa, ocasión ó título, muriendo dichos impúberes abintestato, pasarán no á la madre ú á los parientes más inmediatos de parte de madre, sino á los dichos padres y otros más inmediatos de aquella parte hasta el cuarto grado (guardando entre ellos orden de Derecho Romano), sólo la legitima reser-*

vada á la madre ó á los otros ascendientes de línea materna, si sobrevivieren, y guardadas las condiciones, vínculos y otros cargos que se hubieren impuesto á aquellos impúberes legítimamente y según derecho, y lo mismo se observe en los bienes que provinieren á los impúberes de la madre ó de la línea materna.

La transcrita Constitución ha sido confirmada recientemente en Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 6 de Octubre de 1888, con motivo del recurso de casación interpuesto contra la pronunciada por la Audiencia de este territorio en pleito sobre sucesión en los bienes de la impuber Cláudia Aragonés, en la que no se da lugar al dicho recurso, y se sienta la siguiente doctrina:

Considerando que la sentencia que declara á favor de la abuela paterna la sucesión de los bienes heredados por el impúber de su padre, y desestima la oposición del recurrente hermano del abuelo paterno, se ajusta rigurosamente á la Constitución 2.ª, tít. II, lib. VI, vol. I, de Cataluña, y á la jurisprudencia de este Tribunal, citadas como infringidas, porque según ellas, la herencia de los impúberes, en cuanto á los bienes que proceden de su padre ó de pariente por línea paterna, pertenecen al mismo padre ó sus parientes más inmediatos, pero sin la restricción que pretende el recurrente, de que estos parientes más inmediatos hayan de serlo exclusivamente por la línea del abuelo paterno, excluyendo á la abuela paterna y á los suyos. (Sala 1.ª, sent. 6 de Octubre de 1888.—*Gaceta* de 31 de Diciembre, pág. 202).

Además, en sentencia de 5 de Febrero de 1889, se determina que procede la sucesión abintestato cuando, por no haberse encontrado el testamento á consecuencia de la destrucción del protocolo del Notario autorizante, se hace imposible cumplir la voluntad del testador, declarando inaplicable al caso la doctrina que sienta que debe preceder declaración de nulidad al ejercicio de las acciones que se derivan de la nulidad de un testamento, así como también declara nulas las enajenaciones otorgadas por menores de edad; y en la sentencia de 21 de Marzo de 1889 se decide que la donación con cláusula de reversión á favor del donante ó sus herederos abintestato, siendo el donatario uno de los herederos legítimos del donante, y habiéndole sobrevivido, le da derecho al donatario á participar de los bienes donados bajo el concepto de heredero abintestato en unión de los demás que lo fueren y al objeto de cumplir la cláusula de reversión, fundándose para ello en que la sentencia contra la que se recurrió, no infringe la Ley 16, tít. 34 del Digesto, que como infringida se cita (y que realmente es la Ley 16; lib. 34, tít. 5.º del Digesto), ni la doctrina sentada por dicho Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de Febrero de 1885.

Sucesiones intestadas en Navarra

Grandes puntos de contacto tiene la sucesión legítima ó intestada foral de todas las regiones con la general; mas aunque sea ligeramente, y aunque en Navarra, como en Cataluña, se acude generalmente a suplir su derecho originario con el romano, deber nuestro es, dadas las condiciones de esta obra, exponer la parte foral más ordinariamente observada en Navarra, como ya se ha expuesto la de Aragón y Cataluña á grandes rasgos y haciendo sólo algunas indicaciones para que quien quisiera efectuar un estudio más profundo de ese derecho foral, en decadencia ya, y próximo á desaparecer, acudir pueda á los grandes maestros de aquellas venerandas instituciones que siempre miraremos con respeto, y de las cuales ha tomado no poco el Código Civil.

Tienen una fisonomía especial las disposiciones del Fuero que en Navarra regulan la sucesión intestada; si bien muchas de aquellas prescripciones no pueden observarse hoy, porque los moldes en que se elaboraron eran mucho más estrechos que aquellos en que hoy se desenvuelve la ciencia del derecho; porque disposiciones de caracter general político-sociales, que en intima relación están con la legislación civil ó privada, no han podido menos de echar por tierra ciertas disposiciones puramente feudales y absolutas; porque, en una palabra, Navarra, como las demás regiones aforadas, no han podido sostener hoy división de ciudadanos, llamando á los unos hidalgos ó infanzones, y á los otros villanos; pues la constitución del país no es al presente la que sirvió de norma á aquellos preceptos.

Así es que la fisonomia jurídica de aquellos Fueros, que retrata perfectamente las costumbres usos é historia de aquella época, no es ni puede ser la fisonomia del derecho moderno, nacido, ó mejor dicho regenerado, bajo auspicios de una constitución político-social muy distinta. Por esto la textura del derecho civil novísima tiene que ser tan distinta de la de aquellos Fueros, y de la del derecho implantado en la mayoria de las naciones por el pueblo romano.

En Navarra son diferentes las reglas á que se sometian las sucesiones intestadas de los hidalgos ó infanzones, de las que se prescribian para las de los villanos.

Las primeras, relativas á los bienes de abolorio ó troncales, establecen un orden que en el Fuero se llama *mayorio*; orden que no se reconoce en la sucesión de los hijos á sus padres villanos ó de condición de labradores.

Para los efectos de la sucesión se consideran como bienes de abolorio los que pertenecen al abuelo que sobrevive á su hijo, padre de los nietos: bienes de patrimonio, son los que el hijo posee muerto el abuelo, según se desprende de lo expuesto en el cap. 3.°, tit. 4.°, lib. 2.°, del Fuero; y troncales son los que provienen del tronco ó sea de la familia.

Sucesiones regulares ó de bienes libres

Línea descendente.—Hijos de padres hidalgos é infanzones. —Decía el cap. 10, tit. 4.° del lib. 2.° del Fuero, ó sea la Ley 27, tit. 1.° del libro 5.° de la Recopilación Alfonsina: «No pueden heredar de los padres infanzones los hijos que muriesen antes que ellos, y de consiguiente, si los padres infanzones tuviesen más de un hijo y muriese uno en vida de aquéllos, no pueden el hermano ó hermanos sobrevivientes pedir en representación del muerto la parte que pudiera corresponderle en la herencia de sus padres.....»

«Muerto el padre ó la madre pódrán partir por medio, si quisieran, todas las heredades del muerto y echar suerte para saber cual haya de ser la parte del muerto y cual la del vivo.....»

«Si despues de muerto el padre ó la madre, falleciere alguno de los hermanos que con los demás habia concurrido á la partición, el hermano mayor, en representación de éste, tomará su parte..... El hermano mayor hereda por derecho de *mayorio* los bienes de los hermanos y hermanas que muriesen sin hijos.»

«Muertos todos los hermanos, hereda la hermana mayor en la misma forma; y si todas las hermanas muriesen sin hijos, las porciones hereditarias que á éstas hubiesen cabido, pertenecen al hermano mayor siendo de un mismo padre y madre.»

«El mismo orden de suceder debe seguirse respecto á los primeros hermanos. Cuando alguno de éstos muera sin dejar hermanos ni hijos, deberá suceder el hijo del hermano mayor; y si todos los primos muriesen sin hijos, la hermana mayor debe heredar sus bienes.»

«Cuando las hermanas murieren con hijas, si alguna de éstas sobrinas muriere sin tenerlas, debe heredar la hija mayor de la hermana mayor.»

«Los de legitimo matrimonio son preferidos á los naturales, aunque sean de menor edad: A falta de los primeros heredan los segundos, pero entre los hijos naturales no hay derecho de *mayorio*, y todos deben heredar con igualdad.»

Y de esta manera continúa el Fuero Navarro sentando prescripciones señoriales, que reñidas están con las leyes desvinculadoras, y con la igualdad ante la ley de que hoy se hace tanto alarde, por lo cual es inútil transcribamos más textos de disposiciones que al presente no están ni estar pueden en vigor; pues ese cap. 10, tit. 4.° del lib. 2.° del Fuero, como los caps. 3.°, 7.°, 11 y 12 del mismo titulo y libro, no pueden tener aplicación en ninguna región de una nacionalidad constituida bajo la constitución que nos rige, y sin aquella diversidad de castas y condiciones que han desaparecido.

Hijos de padres villanos.—Dice el cap. 18, tít 4.º, lib. 2.º del Fuero: Si parientes villanos hacen su partición en la misma forma, y muriese alguno de la hermandad, los que hubieren entrado en suerte con el difunto, deben heredar la mitad, y la otra mitad se repartirá entre todos ios hermanos con igualdad.

Siguiendo el camino trazado en el cap. 12 ya indicado, respecto de los hidalgos, el cap. 18, dispone que los hijos de villanos ó condición de labradores, muerto el padre ó la madre, pueden partir la herencia de dos en dos, pero se diferencian ambas disposiciones, en que ésta ordena que el que hubiere tomado la suerte de herencia con el hermano muerto, haya la mitad de los bienes de éste, y la otra mitad se parta entre los hermanos por cabezas, recibiendo cada uno su parte por igual. Y aunque la ley excluyó en estas sucesiones la de *mayorio*, estableció, sin embargo, cierta ventaja á favor del hermano socio en la partición, adjudicándole la mitad de los bienes correspondientes al difunto.

La Ley 33, cap. 22, tít. 4.º, lib. 2.º del Fuero, distingue dos casos: villanos ó labradores casados que tengan hijos de ganancia, ó sea naturales, pero no legítimos ó de matrimonio; y labradores que tengan hijos de una y otra clase. En el primer caso, el padre ó la madre que sobreviviere, debe quedarse con sus heredades propias y dejar las del muerto, sacando, sin embargo, si hubiere conquistas ó gananciales, la mitad de éstas. Y aunque la ley no lo declara, parece que debe entenderse cuando el conyuge muerto fuese el padre ó madre de los hijos naturales únicos, respecto de los cuales podrían alegar derecho. En el segundo caso, ó sea concurriendo hijos legítimos y naturales, éstos no podrán tomar parte alguna en la herencia sino la toman los legítimos; mas cuando los legítimos la tomaren, los naturales deberán tenerla tan buena como ellos, sucediendo *in capita* en las heredades del padre común fallecido. Y el superstite tomará su parte de herencia haya ó no hijos.

Linea ascendente.—La Ley 34, ó mejor dicho, el cap. 6.º, tít. 4.º, libro 2.º del Fuero, viene á sentar que en Navarra los bienes conquistados por los hijos, ó adquiridos por donación de sus padres, pasen á los hermanos y no á los padres; y en defecto de hermanos á los parientes más cercanos. El hijo no puede dar en vida á padre ó madre heredades en bienes raices, sólo puede darles bienes muebles, y aún si fuese casado la mujer puede impedirle que les dé lo que fuese propio de ésta.

De manera, que en aquel pais como en Aragón, se antepone la linea colateral á la de los ascendientes: pero es más, en Navarra parece excluirse á los padres, puesto que la ley dice: *pasen los bienes á los hermanos y no á los padres, y en defecto de aquéllos á los parientes más cercanos ó prormano*. Lo cual no sucede en Aragón ni en ningún otro pais aforado; y tal exclusión, ya sea en los bienes de patrimonio ó abolorio, ya en las heredades que simbo-

lizan la importancia de la familia, sus glorias, sus tradiciones, su abolengo, ya en las de propia adquisición por los trabajos del hijo, bien por donación del mismo padre, bien por merced de un extraño, es absurda, utópica é insostenible

Por esto vino la Ley 3.ª, tít. 13, lib. 3.° de la Nov. Recop., á dulcificar tan duro precepto del Fuero, ordenando que los padres y demás ascendientes sucedan á los hijos *ab intestato* en los bienes adquiridos por los hijos conforme al derecho común á falta de hermanos, porque éste parece más *equo* y justo que lo que el Fuero prescribe.

Y aun que la legislación recopilada de Navarra, mantiene la prelación de los hermanos respecto á los padres, de toda la línea transversal respecto á los demás ascendientes; y aun que algo se suavizó aquel rigorismo foral; como pareciera poco equitativo que los padres fuesen postergados á los colaterales en los bienes de un hijo premuerto, sin distinción de procedencia, la Ley de las Cortes de Tudela de 1583, enmendó en parte la disposición del Fuero, resolviendo que los padres y demás ascendientes sucedan á sus hijos á falta de hermanos en los bienes adquiridos por ellos mismos.

Explicóse la anterior disposición en la Ley 36 de la Recopilación Alfonsina, ó sea en la Ley 4.ª, tít. 13, lib. 3.° de la Nov. Recop., dada en Pamplona el año 1596, puesto que, suscitada la duda de si debia entenderse que los padres sucedian *ab intestato* sólo en los bienes adquiridos por los hijos con su industria, trabajo, rentas de la hacienda é intereses de su capital, ó sea lo adquirido á título oneroso, ó se estendía también dicha sucesión á lo que los hijos adquirieron por título lucrativo, es decir por sucesión testada ó intestada, por donación, por manda, legado, etc., etc.; y la mencionada ley declaró á petición del reino, que los padres y ascendientes, á falta de hermanos, sucedan á los hijos, no sólo en los bienes adquiridos por ellos con su industria, sino que también en los adquiridos por sucesión, herencia, donación ó manda. Mas dicha ley, llegó á suscitar otra duda, la de si se comprendian en tal sucesión los bienes troncales; y esa duda fué resuelta en la ley 37 de la precitada Recopilación Alfonsina, que es la ley 6.ª del tít. 13, lib. 3.° de la Nov. Recop., en sentido negativo, pues además de que cuanto se refiere á los bienes troncales estaba ya dispuesto por el Fuero al final del cap. 13 y en el cap. 16 del título antes citado, dicha ley vino á insistir en que no hayan de suceder en los bienes troncales y dotales, pues en tales bienes, á falta de hermanos, suceden con preferencia los parientes mas cercanos de donde proceden dichos bienes, y que en la sucesión de estos bienes troncales, los hermanos que hubieren de excluir á los padres, sean hermanos de padre y madre; y si fuesen hermanos de mitad, lo sean de la parte de donde los bienes proceden; y en tal caso, prefieran á los padres en la sucesión y no de otra manera; y que esto sea de ellos, y se entienda aun en los casos anteriores donde hubiere litispendencia: pero entendiéndose siempre que

esos bienes troncales en que deben sudeder los parientes más cercanos, han de derivarse de algún ascendiente de dichos sucesores, y no en manera alguna de la línea tranversal; y contando tambien con que durante su vida, los padres pueden usufructuar los bienes troncales mencionados.

Nuevas dudas nacieron de la anterior disposición; y viene á resolverla la siguiente ley del repetido título y libro de la Novísima Recopilación, ó sea la ley 38 de la Recopilación Alfonsina, donde se contienen las explicaciones que los procuradores á Córtes dieron en las de Pamplona el año 1624: «Aquellas »palabras do dice el pedimento que los padres y ascendientes no hayan de su- »ceder ni sucedan en los bienes troncales ni dotales, las han entendido algu- »nos, que en siendo bienes dotales, aun que no fuesen troncales, quedaban ex- »cluidos los padres, les debian preferir los hermanos ó parientes más cercanos »de donde procedian los tales bienes dotales, y otros han entendido las dichas »palabras tan solamente en los bienes dotales que eran troncales, y que para »serlo habian de ser raices ó cosa equivalente á ellos, y que viene á tener su »misma naturaleza, y esta inteligencia parece más jurídica y más conforme á »derecho, fuero y leyes de este reino, porque el adverbio, *y*, junta cosas de una »propia naturaleza y calidad, y porque la disposición de dicha ley fué en ra- »zón de lo dispuesto por el Fuero y otras leyes anteriores á ella que hablan tan »solamente de la sucesión de los bienes troncales, y asi es que solamente se hi- »zo mención de los bienes troncales, por cuanto siempre se habia entendido »que si se estendía á los dotales, era á los que teniendo este carácter fuesen »troncales;» por ello la ley que al presente nos ocupa, resuelve tales dudas, declarando que su disposición se entiende relativamente á los bienes dotales que fueren troncales, y que para bienes troncales han de ser raices ó inmuebles.

Además, la dote, lo mismo que las donaciones por cuyo medio hubiesen venido algunos bienes al hijo de cuya sucesión se trata, podian estar sujetas á la disposición del cap. 3.° del Amejoramiento del Fuero, que dispone que si padre ó madre, ó cualquier otra persona hiciere donación por causa de matrimonio, y el donatario muriese sin hijos ó con ellos, y éstos no llegasen á perfecta edad, ó fallecieren después sin hijos ó sin hacer testamento, y viviese el donador, vuelvan á éste los bienes donados; y si hubiese muerto, hereden los más cercanos parientes según Fuero. Pero el donador puede renunciar á tal beneficio, y únicamente bajo expresa renuncia, podrán heredar los hermanos y los padres los bienes en que consistieran tales donaciones; pues no renunciándolos el donador ó donadores han de revertir al que los donó.

Colaterales.—Pocas leyes especiales se conservan en Navarra que regulen la sucesión en la linea colateral, por lo que el hombre de estudio debe encontrar su régimen acerca de la misma en la legislación general.

Al suceder á los hermanos debe tenerse en cuenta, que si estos tienen hi-

jos, los padres están privados de todo derecho y por esto los bienes del hermano premuerto se consideran de sus hijos ó sucesores legítimos.

Si hay varios hermanos, no teniendo hijos el premuerto, sus hermanos los sucederán por iguales partes. Si habiendo sido varios los hermanos no quedaran más que uno ó dos, estos sucederán por entero, sin derecho alguno de los hijos de los hermanos muertos, ó sea de los sobrinos que sólo podrían venir á la sucesión representando á sus padres, y los Navarros no conocen en la línea transversal el derecho de representación.

Según la Ley 3.ª recopilada, si hubiera hermanos germanos, ó de padre y madre, y otros hermanos sólo uterinos ó de madre, sólo consanguíneos ó de padre, los primeros excluyen á los segundos de la sucesión del hermano fallecido; es decir, que los que vulgarmente son llamados hermanos enteros excluyen á los medios hermanos, pues no mencionándose tal distinción en el derecho originario de aquel país, supliáse por el romano que en varias de sus disposiciones lo tenía declarado como acabamos de indicar; pero si se tratare de bienes troncales de abolorio, entrarían á suceder los hermanos de padre y madre, con los que lo fueren por la parte de aquel de donde los bienes procedieran.

La Ley 39 de la Recopilación Alfonsina, ó sea la Ley 13, tít. 13, lib. 3.º, de la Novísima Recopilación, al tratar las cuestiones suscitadas sobre la preferencia entre un tío y un primo hermano de una persona muerta *abintestato*, expuso que, entre jueces y abogados había habido opiniones diversas acerca de si debía suceder en los bienes de esa persona el tío como más cercano, ó el primo hermano bajo el mismo concepto; y preceptuóse en las Córtes de Pamplona con fecha de 1604 que en adelante sucederá el tío y no el primo hermano, pues según la computación civil el primero está en tercer grado de parentesco, y en el cuarto el primo.

Sucesión irregular ó troncal.—No fué desconocida la troncalidad en el derecho común, pero echó más raíces en las legislaciones especiales, y sobre todo en la Navarra. Allí, si algún hombre ó mujer muere sin criaturas, los bienes de ellos deben tornar á aquellos parientes donde las heredades vienen por natura. Así se dispone en la Ley 44 de la Recopilación Alfonsina, ó sea en el cap. 16, tít. 4.º, lib. 2.º del Fuero, en el que se consigna todo lo relativo á la reversión de los bienes hereditarios de los que mueren sin hijos á los parientes de aquellas familias de donde procedan. Y disponen esto las leyes 6.ª y 7.ª del título 13, libro 3.º de la Novísima recopilación excluyendo á los padres de la sucesión de sus hijos.

Mas el capítulo 3.º del *Amejoramiento* del Fuero, ordena, que si llegase el caso de reverter los bienes donados en contemplación del matrimonio, muertos los donadores, sean los herederos de ellos según Fuero, los parientes más cercanos.

A la troncalidad, los primeros llamados, son el hermano ó hermanos del difunto, ya sean de padre y madre, ya sólo de padre ó madre siempre que en este caso procedan de él los bienes de que se trata.

Después llama la ley, en falta de hermanos, á los parientes más cercanos de la persona de quien procedan los bienes troncales; si bien para que estos parientes sean admitidos á tal sucesión, es necesario que los bienes procedan de algún ascendiente suyo; asi es que si se derivasen de pariente trasversal serian excluidos; y entonces, lo mismo que cuando no hubiere pariente alguno de la familia, son los padres del muerto los llamados á suceder.

Y esta disposición del Amejoramiento mencionado, relativa á la sucesión en los bienes troncales, debe tenerse en cuenta, respecto de la reversión á los parientes del donador, cuando esos bienes donados fuesen troncales; mientras que si no lo fuesen, los heredará el pariente más cercano del finado sin diferencia alguna de su procedencia por línea recta de ascendientes ó por transversal; pues la exclusión de los parientes transversales es únicamente relativa á los bienes troncales, y para no excluir á los padres de la sucesión de sus hijos; mas en las donaciones que obedecen á otro género de consideraciones, y en las que el dominio de los bienes donados se revierte al donador, cuando viviendo este, muere el donatario sin hijos, ó con éstos que tampoco los tengan, ó sin llegar á edad, ó sin testar, el llamamiento de los parientes debe entenderse por el orden regular, no por el privativo de la sucesión de los bienes troncales.

Exclusiones á la sucesión intestada

Están excluidos para concurrir á la sucesión en Navarra, según la Ley 40 de la Recopilación Alfonsina, ó sea la Ley 52 de las cortes de 1765 y 1766, los hijos abortivos, teniéndose por tales los que no viven veinticuatro horas y no recibieren el bautismo.

Según la Ley 41 de la citada Recopilación Alfonsina, la Ley 39 de las Córtes de 1794, 1795 y 1796, y la Ley 27, tit. 20, lib. 10 de la Novisima Recopilación, no pueden suceder los religiosos profesos; pues Carlos IV, por Cédula de 6 de Julio de 1792, prohibió que los religiosos de ambos sexos sucedan á los parientes *ab intestato*, por ser tan opuesto á su absoluta incapacidad personal, como repugnante á su solemne profesión, en que renuncian al mundo y todos los derechos temporales, dedicándose sólo á la contemplación de Dios desde el momento de los tres solemnes é indispensables votos de su instituto, quedando por lo tanto sin acción los conventos á los bienes de los parientes de sus individuos, por título de representación ni bajo concepto alguno.

Consigna también el Fuero navarro entre los excluidos de suceder abintestato, los hijos naturales; mas como creemos hoy inaplicables las vetustas y

anómalas disposiciones de la Ley 42 de la Recopilación Alfonsina, como las prescripciones del cap. 12, tít. 6.°, lib. 2.° del Fuero, como las del cap. 1.°, título 4.°, lib. 4.° del expresado Fuero, omitimos su consignación, pues todas ellas se refieren á la de la paternidad de los hijos naturales, fiadas en su mayoría al juramento de la mujer soltera que asegura haber tenido hijo con determinado varón, á las manifestaciones que directa ó indirectamente de afecto y de reconocimiento hubiera hecho el padre durante su vida, entre cuyas pruebas se encuentra la de que la madre salve por hierro candente que es hijo de aquel hombre el que se presenta como heredero, prueba que como comprenderán nuestros lectores, peca de irrazonable, y no puede conceptuarse sostenible. Tratan también dichas leyes navarras de la crianza de aquellos hijos, del salario que como á nodrizas debe abonarles el padre á tales madres, de las penas en que éstas incurren como homicidas cuando por efecto del abandono de sus hijos éstos perecieran, etc., etc.; prescripciones que hoy deben considerarse revocadas por las leyes generales del reino, y que de todos modos carecen de objeto entre las exclusiones á la sucesión intestada, pues los hijos naturales, como tales reconocidos, no están excluidos de esa sucesión sino en rarísimos casos.

No sucede lo mismo con los hijos adulterinos, que, según los capítulos 9.° y 11, tít. 3.°, lib. 4.°, no pueden heredar al adúltero, sea éste el padre ó la madre; si bien hay algunos autores que creen pueden dejarles alimentos por *cosiment* ó *consentiment*, cuyas palabras á voluntad ó consentimiento equivalen.

Entra de lleno en las exclusiones el cura de almas, según la Ley 12 del título y libro ya citados de la Novísima Recopilación, ó sea la Ley 45 de la Alfonsina, en cuyas disposiciones se preceptuó que el cura de almas no se aprovechase de los bienes del lego intestado, cuya ley se dió por el motivo de que en Tudela y en algunos otros puntos, cuando moria un lego sin testar, el cura de almas, so pretexto de sufragios y obras pías, se apoderaba de las haciendas en fraude de los herederos *ab intestato*, segun expresó el reino en Pamplona el año 1586.

Se ve entre las exclusiones, sin razón alguna, un acto que en lo antiguo se efectuaba con demasiada frecuencia, y que llegó á constituir un verdadero abuso, bajo el amparo de una torcida interpretación que se dió á la Ley 46 de la Recopilación Alfonsina tantas veces mencionada, y á la Ley 15 del título y libro ya citados de la Novísima Recopilación; tal abuso consistía en que cuando uno moria intestado, y varias personas pretendian sus bienes, el más sagáz ó el más poderoso tenia preparado un Escribano que le daba posesión de los mismos; por lo cual y para evitar en lo sucesivo tales abusos denunciados por las Córtes, se dieron en Pamplona el año 1652 disposiciones ya derogadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, que sienta y precisa la tramitación de los abintestatos, interdictos, etc., etc.

Partición.—Sobre este particular se ocupó el Fuero de Navarra, tanto en el cap. 19, como en el 20 y 21, tit. 4.°, lib. 2.°, estableciendo diferencias entre los nobles y francos y los villanos ó de condición de labradores.

Con relación á los nobles, no se dividia la herencia á la muerte del padre ó de la madre, por la sencilla razón de que mientras vivía y no contraia segundo matrimonio el sobreviviente continuaba en posesión de todos los bienes, en los que tenia el usufructo; y sólo cuando éste concluia era cuando se efectuaba la partición, subordinándola siempre á la disposición testamentaria de los padres, quienes podian excluir absolutamente de la herencia á sus hijos, con sólo dejarles la ilusoria legitima foral, ó nombrarles en desiguales porciones hereditarias.

En cambio, respecto de los villanos, el capitulo 19, ya citado, disponia que muerta la madre con hijos, si éstos tuviesen la edad de siete años cumplidos, podrian pedir desde luego la parte de su madre: en caso de no tenerlos, deberian estar en poder del padre hasta que los cumplan, y entonces podrá pedirlos... etc.

Cuando la mujer moria sin dejar hijos, sus parientes podían demandar y obtener su herencia.

La edad que primitivamente requeria el Fuero para testar, contratar y enajenar, era la de siete años; pero el *Amejoramiento* del Sr. Rey D. Felipe, en su capitulo 3.°, señaló la edad de 14 años para los varones y 12 para las hembras· y si bien esta disposición se referia sólo á los fidalgos, no en manera alguna á los villanos, de condición alli tan distinta en el siglo diez y siete, no podía menos de verse en ella la nueva fase de la pubertad que si se dilataba hasta aquella edad en las clases que podian ilustrarse, con mayor razón debia comprender á las otras clases en las que habria de suponerse una menor ilustración.

Si muertos marido ó mujer villanos, quedaren hijos, dice el capitulo 20 del Fuero ya citado, podrán éstos pedir desde luego la parte de padre ó madre muerto: si hubiera sobrinos, hijos de otros hermanos muertos igualmente, podrán pedir la parte de sus padres por derecho de representación, cuando sus tios la pidieren; pero si sólo hubiere nietos, nada podrá exigirse durante la vida del abuelo viudo: y hasta después de la muerte del abuelo, ni se hace la partición ni se entrega á los nietos su herencia.

Habia de asegurarse alli la partición con fiadores; y la ley exigia que los nietos mayores de siete años habian de dar fiadores por si, pues de no efectuarlo asi, era como si la partición no se hubiera hecho, puesto que no se les entregaban los bienes. Si los nietos no eran de dicha edad, el pariente mayor y más cercano podia afianzar por ellos con buenos cotos; esto es, con determinadas cantidades, que les hará afianzar cuando tengan la edad, ó podrán tener lo no partido los tios hasta que lleguen á ella y afiancen. Pero en todos los casos en que los nietos no reciban la parte hereditaria que les corresponda, ya por

no tener la edad, ya por no poder afianzar, debe dárseles con que vivir á cuenta de los bienes que deben haber.

El capítulo 21, ya indicado del Fuero, suponía el caso en que muriese el marido y quedase la viuda con varios hijos, á lo cual provée dicho Fuero que los parientes del padre puedan tomar los hijos y todo lo del padre, criando á dichos hijos hasta que tengan siete años, cumplidos los cuales puedan ir los tales hijos donde quisieran. Mas esto, sobre ser contrario á lo preceptuado en la ley de matrimonio y registro civil, dadas con carácter general y observadas hasta en las regiones más amantes de sus Fueros, es imposible de realizar, absurdo su sostenimiento y hasta pugna con las leyes de la naturaleza, pues no se concibe en una cabeza regularmente organizada que los parientes del padre tengan más interés que la misma madre en la conservación, crianza y educación de sus propios hijos, ni mucho menos que éstos á la tierna edad de siete años, puedan irse donde quieran, como preceptuaba aquel Fuero.

VIZCAYA

Sucesión intestada.—No es el Fuero de Vizcaya extenso en esta materia, como deja de serlo en todo, por lo que ya hemos dicho que la legislación general es la que predomina; pero la ley 8.ª del título 21 de dicho Fuero es la que se hace digna de notar por su especialidad.

Así se expresa: «Otro si dijeron que habia de fuero, uso y costumbre, y establecían por ley que si algún home ó mujer muriere sin hacer testamento n. otra postrimera voluntad, y dejare hijos legítimos ó descendientes, aquellos hereden todos sus bienes por su grado y orden.» Lo cual indica que todas las legislaciones reconocen en primer lugar la sucesión de los descendientes, y que éste al reconocerlo así parece no estar conforme con la representación.

«A falta de los hijos y descendientes, les sucedan ó sean sus herederos los ascendientes por su grado y orden, en los bienes raíces los de aquella línea de donde dependen los tales bienes raíces ó tronco.»

«Y á falta de ascendientes, los parientes más profincos ó cercanos de la línea de donde proceden los tales bienes raíces; y si el tal difunto dejase bienes raíces que hubo heredado ó adquirido de parte de padre, heredan los parientes de aquella línea por su orden y grado, aunque viva la madre.»

«Y si hubiere bienes raíces que hayan heredado de parte de la madre, los parientes de parte de la madre, en siguiente lo heredan por su orden y grado, sin parte del padre, si fuere vivo; y si fuere muerto, sin parte de los parientes de parte del padre, aunque sean más cercanos en deudo ó sangre.» Observándose la misma regla respecto á los bienes que procedan de la madre; pues siendo la sucesión troncal, se observa que si los parientes de la madre se ven postergados en la sucesión de los bienes procedentes del padre, en cambio, son preferidos por orden y grado en los que proceden de la misma madre.

«Pero en los bienes muebles le sucedan todos los parientes del padre y de la madre, igualmente por su orden y grado, no habiendo ascendientes; y si los parientes de parte del padre fueren más que los de parte de la madre, ó en contrario; en tal caso, los de parte del padre heredan la mitad y los de la madre la otra mitad.»

«Salvo si en su vida hubiese hecho el tal difunto manda ó donación de tales bienes muebles, á alguno de sus parientes ó á otro extraño: y habiendo ascendientes, los ascendientes por su orden heredan todos los bienes muebles y semovientes que el tal muerto dejare, que en cualquier manera los haya habido y adquirido». De manera que no se perjudica el derecho de los ascendientes ni podrá perjudicarse jamás por la donación de bienes hecha á un colateral ó á un extraño.

«Por ningún delito público ni privado, grande ni pequeño, que vizcaino alguno cometiere, ni haya cometido, bienes algunos suyos que sean raices, y en el infanzonazgo é Juzgado de Vizcaya sitos (por ser como son é fueron de siempre acá troncales é tales que según el privilegio é fuero de la tierra, el tronco vuelve al tronco é la raiz á la raiz) no puedan ser confiscados, ni aplicados, ni adjudicados en poco ni en mucho para la Cámara y Fisco de Su Alteza; antes sucedan en ellos los hijos ó descendientes, é los otros propincuos de la línea de donde penden, y según Fuero, tienen derecho de suceder, muerto el malhechor; y lo mismo sea en los bienes raices que tuviere en la jurisdicción de las villas.» Mas este precepto de la Ley 25 del título 11 del Fuero de Vizcaya, no puede estar en vigor, por cuanto en el dia no hay confiscación de bienes, y las penas se imponen con arreglo á la ley general.

De todos modos, lo expuesto significa cuán á la exageración se llevó en Vizcaya el principio de troncalidad, erigiéndolo en regulador de la propiedad, perpetuándola, y dándole en la familia un carácter elevadisimo.

Resumen.—Complicada en extremo la sucesión intestada entre los romanos ese antiguo derecho vino á simplificarse bastante por las reformas de Justiniano, quien buscando su principio y base fundamental en el afecto ó en la presunción natural y lógica de la que debiera haber sido la voluntad del causante si hubiese testado, fijó las tres órdenes de sucesiones que han sido la norma de las legislaciones modernas: es decir, la de los descendientes, la de los ascendientes y la de los colaterales, acerca de los cuales hay perfecta conformidad en su existencia, si bien los términos de llamamiento no son idénticos, ni la preferencia de órdenes es la misma en todos los paises, aunque conformes están todos en que los llamados á suceder por la ley sean en primer lugar los descendientes.

Los descendientes en primer grado suceden por partes iguales; los demás de remoto grado, por derecho de representación indefinido en esta linea.

Pero lejos de guardarse la misma conformidad en cuanto á la linea de los ascendientes, quebrántase aquella unánime armonía observada en la designación de la descendente, y aun en nuestra misma Nación se ve la mayor heterogeneidad, pues mientras Aragón y Navarra anteponen la colateral á la de ascendientes, la Catalana ley llama á los hermanos germanos del finado con los ascendientes, la Castellana siguió al derecho romano hasta en las Partidas, y, por último, como la Recopilada prescribe el Código que sucedan los ascendientes á falta de descendientes, después los colaterales hasta el sexto grado, luego el cónyuge superstite, y en último termino el Estado.

Vizcaya llama primero á los hijos y descendientes, después á los ascendientes por la linea de donde proceden los bienes raíces, pues ya hemos dicho que la troncalidad es la base de la sucesión intestada en aquella región.

Aragón, tiene además el consorcio foral, notabilisima especie de comunidad de bienes que perpetúa los afectos de familia y mantiene ardiente y vivo el sagrado fuego del hogar doméstico; institución única de aquel país, y con la cual se entrañan los lazos entre el cónyuge supértite y sus hijos.

Los colaterales, por la legislación de Aragón, suceden en los bienes adquiridos por herencia de los parientes de donde procedan dichos bienes; y en los adquiridos por industria, los más próximos sin esta distinción; pero la sucesión se ajusta á los principios de la ley general, si bien siendo preferidos, como hemos ya expuesto, los hermanos á los ascendientes.

En Cataluña, la sucesión de los colaterales es puramente romana. El que fallece sin descendientes ni ascendientes, tiene por heredero legitimo á los hermanos y parientes de la linea transversal hasta el décimo grado donde la sucesión intestada limita ó termina sus efectos legales.

En Navarra, tiene como regla especial la del Fuero de mayorio, que da la porción del hermano muerto al varón de más edad, y la de la hermana á la hermana primogénita.

Los Fueros de Vizcaya llaman á los colaterales en tercer lugar, es decir, después de los descendientes y ascendientes, por orden de proximidad; si bien allí, lo mismo que en Navarra, se estableció la reversión de los bienes hereditarios á los individuos de la familia de donde proceden aquellos bienes, por cuanto el principio de la troncalidad es el que impera y regula la sucesión en aquellas regiones.

En cuanto á los parientes ilegitimos, los Fueros de Aragón excluyen de la herencia á los hijos de dañado y punible ayuntamiento, sin exceptuar á los naturales, pues éstos, por sólo su calidad de tales, no suceden al padre; y hasta se encuentran publicistas que niegan su sucesión á los bienes de la madre, lo cual no tiene fundamento alguno legal, y es contrario á los principios del derecho natural, atendidos los cuales, no puede negársele tal sucesión, sobre todo cuando la madre no tuviere hijos legitimos.

En Cataluña, siguiendo la legislación romana, los hijos naturales suceden al padre que no deja consorte ni hijos legítimos en la sexta parte de la herencia; y á la madre por iguales partes con los hijos legítimos.

No guarda Navarra la misma consideración para los hijos nacidos de ilícitos lazos; pues los naturales, cuya paternidad se hubiere negado por el padre, durante su vida, están excluidos de la herencia intestada, salvo la prueba que de dicha paternidad hiciere la madre.

Y en cuanto á los adulterinos, en esta, como en todas las legislaciones, se vé que no pueden heredar *ab intestato* á su padre, aunque en Navarra puede dejarles en testamento alguna cosa para alimentos.

De las reservas ante el Derecho Foral

Las reservas en la legislación foral como en la general, no tienen otro objeto que el de evitar que el cónyuge sobreviviente perjudique por un segundo matrimonio á los hijos del anterior. Es una deslindación de bienes, para conocer y amparar los que á los hijos corresponden por sucesión de uno de los que les dieron el ser, y para que no puedan confundirse jamás con los que el supérstite reciba por la constitución de una nueva familia.

ARAGÓN

En Aragón, las reservas no pueden tener el mismo sentido que en los demás paises, ni su necesidad es sentida como en el resto de la nacionalidad Española; por cuanto sujetándose extrictamente á lo ordenado en los Fueros, el cónyuge sobreviviente sigue en sociedad con los hijos, por virtud del consorcio foral, como si el premuerto viviese, y goza en usufructo de todos los bienes del finado, rompiéndose este consorcio por el nuevo enlace, y perdiendo por él dicho usufructo. De manera que si en Aragón ese consorcio foral, esa comunidad de bienes desaparece al hacerse binubo el supérstite, y los hijos del primer matrimonio tienen el derecho de exigirle lo que del premuerto les corresponde, no son necesarias allí las reservas, porque no pueden confundirse los bienes de la primera familia con los de la segunda que el binubo forma, desde el momento en que los hijos del primer matrimonio pueden arrancarles los bienes de la madre que premurió, y en cuyos bienes tenian dichos hijos el dominio directo en cuanto aquella muerte acaeció, cuyo dominio consolidan con el útil, desde el instante en que el padre, por virtud del segundo matrimonio, pierde el usufructo que de aquéllos gozaba.

Así es que en Aragón, cuando algo se dice de reservas, entenderse debe en

términos generales, como cuando uno dispone de sus bienes, exceptuando algunos para hacer de ellos lo que mejor le pareciere; pero nunca en el sentido obligado que le da á dicha palabra la legislación general y todas las legislaciones forales.

CATALUÑA

En toda la región catalana el cónyuge que contrae segundas nupcias, está obligado á conservar en beneficio de los hijos del primer matrimonio:

1.° Todos los bienes que hubiese adquirido del anterior cónyuge por testamento, *ab intestato*, donación ó cualquier otro título lucrativo. (Leyes 3.ª y 5.ª, Cód. de *sec. nupt.*, Nov. 22, cap. 23).

2.° Los adquiridos de un tercero por causa del primer matrimonio.

3.° Los adquiridos de los hijos de primer matrimonio por sucesión intestada, aun que proviniesen de mayorazgo; según se determina en la Novela 2.ª, cap. 3.°, y resuelto queda en varias sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 21 de Mayo de 1861, y 27 de Junio de 1866.

Es indudable que la obligación de reservar, tiene lugar en favor de los hijos del segundo matrimonio, respecto á los del tercero, y así sucesivamente; pues así es natural que suceda, y así lo prescribe la Ley 4.ª, Código de *sec. nupt.*

Previene la Novela 22, cap. 26, que no está sujeto á reserva lo que el padre adquiere de los bienes del hijo premuerto en virtud de pacto reversional.

En caso de divorcio, deben reservarse á favor de los hijos todos los bienes adquiridos durante el matrimonio. (Nov. 22, cap. 30).

Son nulas cuantas enajenaciones se hicieren de los bienes sujetos á reserva, en el caso de que el binubo muriese antes que los hijos á cuyo favor estuviere obligado á reservar, sosteniéndose no obstante en contrario caso, (Novela 22, cap. 6.°, y jurisprudencia sentada en diversos fallos del S. T. de Justicia, entre otros el de 16 de Junio de 1862).

La reserva cesa, si al fallecer el binubo no existiesen ya hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio. (Nov. 2.ª, cap. 2.°, y Nov. 22, capítulo 26).

Deben distribuirse con igualdad entre los hijos del primer matrimonio, los bienes sujetos á reserva, (Nov. 22, cap. 25), sin que por esto queden incapacitados los referidos hijos para suceder en los bienes que hubiese adquirido su padre, excepto en lo relativo á los que proceden de la *donación propter nuptias* con motivo del segundo matrimonio, cuyos bienes deben reservarse á los hijos del segundo enlace, según se determina en la Novela 22, cap. 29.

Si por causa legítima se deshereda, en Cataluña, á un hijo, queda por tal desheredación excluido de percibir parte alguna de los bienes reservables,

acreciendo su porción á los demás hermanos germanos, y si esta justa desheredación comprendiese á todos los hijos, podria disponer el padre como le pareciese de aquellos bienes sujetos á reserva, según prescribe la Novela 22, capitulo 21.

De manera que se ve de un modo palpable que en Cataluña, como en la mayor parte de la Nación, se sostienen las reservas bajo la base y fundamento de la legislación romana, si bien pueden llegar á hacerse ilusorias bajo el supuesto de una justa desheredación.

Esta reserva que se extiende á todos los bienes que el viudo ó viuda hubiere adquirido de su consorte premuerto, por cualquier titulo, y de los que pierde la propiedad al contraer segundas nupcias, no puede hacerse extensiva á lo que el padre hubiera adquirido ya del hijo premuerto, en virtud del pacto reversional y que adicionado se hubiera á una donación por causa de matrimonio, según ya hemos indicado. Y si bien, en Cataluña, se siguen más estricta mente que en ningún otro pais los principios sentados en la Novela 22 antes citada, no por esto se desatienden los preceptos de la Ley hipotecaria, que como de carácter general obligatoria es á toda la Nación, y muy principalmente los de la sección 3.ª del tit. 5.º de la misma, en la cual, bajo el epigrafe de hipotecas legales, se comprenden todas las prescripciones relativas á reservas, sobre todo en sus arts. 168, número 2.º, en que se establece la hipoteca legal á favor de los hijos en los bienes de sus padres, por lo que éstos deban reservarles; 194 en el que se enumeran los requisitos con que debe constituirse la hipoteca especial por razón de dichos bienes reservables, y cuyo articulo en perfecta relación se encuentra con el 195 que le sigue; 197 que confiere el derecho de exigir tal hipoteca á los mismos hijos cuando fueren mayores de edad; y 201 que impone á la madre la obligación de hipotecar en garantia de los derechos que á los bienes reservables tuvieren sus hijos.

NAVARRA

Regúlanse en aquel pais las reservas por la Ley 48 de las Córtes de 1765 y 1766 que es la Ley 8.ª del tit. 3.º, lib. 5.º de la Recopilación Alfonsina, la cual muéstrase conforme con la generalidad de las legislaciones en imponer á los cónyuges binubos la obligación de conservar en beneficio de los hijos del primer matrimonio los bienes graciosamente recibidos de su cónyuge premuerto.

Cualquiera mujer, dice el capitulo primero, viuda con hijos de primer matrimonio, que pasare á segundas nupcias, está obligada á reservar y dejar precisamente todo cuanto recibió de su primer marido por donación *propter nuptias*, ó por causa de muerte, por testamento *jure directo*, fideicomiso ó legado y por cualquier otro titulo de munificencia ó liberalidad al tal hijo ó hijos del primer matrimonio, y que sólo tenga derecho la tal viuda que pasó á segundas

nupcias de gozar durante su vida el usufructo, para que en lo que se le había ofrecido por arras tenga la misma facultad de hacer y disponer que en cualquiera otros bienes derechos y acciones que hayan sido y sean propios y privativos suyos.

Lo expuesto en el precedente capitulo, dice el segundo, se entiende aun cuando el marido premuerto expresase en su testamento ú otra cualquiera disposición, que deja á su mujer sus bienes, derechos y cualquier otra cosa, para que pueda ésta disponer en vida ó muerte de lo que le deja y tiene alargado casando y no casando.

Si la mujer viuda que pasó á segundas nupcias, (dice poco más ó menos el capitulo tercero), adquiriere y recibiere algunos bienes, derechos, ó acciones del hijo ó hijos de su primer matrimonio, por donación, testamento, legado, ó de otra cualquiera forma, deba y esté obligada á dejar y restituir todo ello al otro ú otros hijos que quedaren del primer matrimonio, hermano de padre y madre sin poderlo dar en todo ni en parte á los del segundo. De manera que la reserva, se extiende no sólo á los bienes del primer marido sino á los de los hijos del matrimonio primero adquiridos por titulo gratuito.

Según la citada ley en su capitulo cuarto, la mujer binuba pueda y tenga facultad de disponer de los bienes, derechos y cualquier otra cosa que recibió por todo titulo de su primer marido y del hijo ó hijos que con él tuvo, en favor de uno de los otros hijos y hermanos de padre y madre ó de todos, igual ó desigualmente, según le pareciera, sin que ninguno de ellos pueda reclamar.

De manera, que por el capitulo que acabamos de exponer se hace ilusoria la reserva en Navarra, puesto que los hijos en cuyo favor se hace no pueden reclamar contra la libre disposición de la madre binuba.

Y de esta manera continúa la ya citada ley en sus capitulos quinto y sexto, en los casos en que el segundo matrimonio se contraiga por el marido sobreviviente; y cuando hayan tenido lugar dos, tres ó más sucesivos matrimonios; semejándose mucho á las disposiciones del derecho común en cuanto á las reservas á que da lugar la multiplicidad de matrimonios, y la ley romana; y teniéndose en cuenta que esta obligación de reservar se impuso en su origen á la mujer por conceptuar sin duda que habia de ser más frecuente en ella el segundo matrimonio, y no era tan fácil se enriqueciese el hombre con las donaciones de su mujer, como ésta con las liberalidades del marido; mas comprendiendo que se podía encontrar en el mismo caso, dicha ley navarra extendió las reservas al binubo, como lo habia hecho en Castilla la ley quince de Toro.

VIZCAYA

En aquella región euskara, el Fuero impone á los padres binubos la obligación de reservar los bienes raices heredados del hijo premuerto, autorizándoles para disponer de ellos entre los hijos del primer matrimonio pero nunca

en favor de los extraños. Asi se deduce de la ley 9.ª, tít. 21 del Fuero de Vizcaya, que dice: *Si acaeciera que turbada la órden natural, el padre ó la madre (habiendo dos ó tres ó más hijos) á algunos de los tales hijos heredare ó haya heredado los bienes y herencia que asi tenia el hijo por fin y muerte de su padre ó madre, y asi heredando el tal padre ó madre á su hijo, se casare segunda ó más veces, y hubiere hijo de el tal matrimonio segundo ó tercero; habian de Fuero é establecian por ley que en tal caso, el tal padre ó madre, no pueda dar, ni mandar en vida, ni en muerte ningunos bienes raíces, que asi heredó del hijo del primer matrimonio á hijo ni descendiente alguno del segundo, ni tercero matrimonio; salvo á los hijos del primer matrimonio con que entre ellos pueda dar á quien quisiere ó partir como quisiere, asi en vida como en fin de sus dias.*

De la colación ante el Derecho Foral

La colación tiende á establecer la debida igualdad en las legitimas de los hijos. Es el procedimiento ordinario en toda liquidación, é indispensable aparece en la de la sucesión, tanto testada como intesrada; si bien tiene lugar únicamente entre los coherederos descendientes del finado.

ARAGÓN

Eximense los hijos de colacionar en aquel pais por virtud de la Observancia 1.ª de *Donat.* y la 17 de *Jure dotium*; puesto que pueden los padres, según la primera, dar á su hijo cuando contrae matrimonio muchas heredades ó bienes, y la donación es válida; pero el hijo sacará en los restantes bienes del padre una parte igual con sus hermanos.

La segunda observancia citada, autoriza al padre *supérstite* para dar al hijo que se casa la parte que quiera de los bienes muebles ó inmuebles mientras permanezcan indivisos; y el contrayente, como no se hubiese obligado, partirá los restantes bienes con sus hermanos.

Todos los hijos suceden igualmente, por lo que, aunque uno al tiempo de contraer matrimonio perciba una donación, muerto el padre concurrirá á la herencia con sus hermanos.

Los herederos *ab intestato*, partirán entre si los bienes que hubiere dejado el difunto al tiempo de su muerte, sin traer á colación lo que durante su vida hubieran recibido de él, porque la colación de bienes no tiene lugar según el Fuero.

CATALUÑA

Hemos dicho ya, que la colación sólo tiene lugar entre coherederos descendientes del finado. Así es que, como consecuencia de la expresada tésis, los hijos y descendientes del difunto están obligados á colacionar todo cuanto hubieren recibido por matrimonio ú otra causa; si bien se exceptúan de dicha colación: 1.° Las cosas que hubiesen adquirido en virtud de vínculo ó fideicomiso. (Ley 17, Cód., de *Colat.)*: 2.° Lo que del mismo hubiesen recibido por razón de alimentos; (Ley 50 Dig., de *fam. ercisc.)*: 3.° Lo invertido en estudios del hijo, á menos que el padre lo hubiese verificado con intención de imputárselo en cuenta, y aún así, están exceptuados de la colación los libros indispensables para la carrera; (Ley 50 del Dig. citada y Ley 4.ª Cód., de *Colat.)*: 4.° Las donaciones de los hijos hechas conocidamente con la mira de mejorarlos respecto á sus hermanos en cuánto no perjudiquen su legítima; (Nov. 18, cap. 6.° y 92, cap. 1.°): 5.° Las donaciones puras, hijas exclusivamente de la liberalidad del donador; aunque si à la vez existieran donaciones con causa, los donatarios estarían obligados á traerla á colación; (Ley 20, *in fin.*, Cód., de *Colat.)*

La colación, sin embargo, no tendrá efecto ni aún en los casos que proceda, cuando las cosas donadas hubieren perecido sin culpa del donatario; (Ley 2.ª, párrafo 2.° Dig., de *Colat.*) Pero la dote consumida por el marido también la colacionará la mujer si le fuere imputable la pérdida por no haber tomado las debidas precauciones; y, de haber hecho cuanto de su parte estuviere la mujer para evitar la disipación de su dote, sólo llevará á colación el derecho de reclamarla; (Nov. 97, cap. 6.° *in princ.*, párrafo 1.°).

Ya dijimos al ocuparnos de la legislación general que la colación se efectúa, bien trayendo al acervo común los bienes sujetos á ella, bien imputándolos en pago de su haber al que obligado está á colacionar; pues estos mismos principios se ostentan en Cataluña como se ostentaron en Roma; y consignados quedan en la Ley 1.ª, párrafos 9, 10, 11 y 12 Dig., de *Colat.*; y siguiendo el precepto de la misma ley en su cap. 12, cuando se dude de la existencia de otros bienes colacionables, los coherederos deberán prestarse mutuamente caución de colacionar los bienes que en lo sucesivo resultaren sujetos á colación.

NAVARRA

En Navarra tiene lugar la colación, pero en cuanto no alteren sus especiales legítimas; diferenciándose en esta materia los casos en que los hijos quieran tomar parte en la herencia de los en que la renuncien.

Cuando toman parte en la herencia están obligados los hijos á colacionar



cuantos bienes hayan recibido en vida de sus padres, si no hubiesen sido por éstos exceptuados expresamente de tal obligación, como pueden verificarlo en virtud de las facultades que les da la ley de disponer como quieran de sus bienes; en cuyo caso se presumirá que había sido su voluntad mejorarlos en lo que anteriormente hubieran dado á los hijos á quienes se les releva de la obligación de colacionar.

Esto, sin embargo, entenderse debe tan sólo respecto de los hijos del primer matrimonio, á los que únicamente se extiende la facultad que por aquel Fuero tienen los padres de disponer de sus bienes como mejor les pareciese; puesto que la misma ley preceptúa que en ningún caso un hijo de segundo ó ulterior matrimonio, pueda obtener una mayor participación en la herencia de los padres que la obtenida por cada uno de los hijos del primer enlace. Y si dejare partes desiguales á los hijos del primer matrimonio, ninguno de los hijos del segundo podrá percibir mayor cantidad que la menor que participe cualquiera de los del primero.

En el segundo caso, ó sea cuando renuncia á la herencia un hijo, se exime de colacionar, y puede quedarse con los bienes que anteriormente hubiere recibido si proceden de donación hecha por matrimonio ó dote, tanto porque dichas donaciones son irrevocables por la ley, y, sujetas á colación, si excediesen de la legitima, serían revocadas; como destinadas á soportar cargas matrimoniales, se consideran donaciones onerosas. En las donaciones á título lucrativo, y en los gastos que el hijo ó hija hubiesen causado al padre ó madre, es donde pudiera presentarse alguna dificultad; pero realmente esas donaciones, por regla general, son colacionables; si bien teniendo en cuenta que en Navarra no hay heredero forzoso, y que el padre tiene libertad de excluir de su herencia á sus hijos y dejarla á cualquiera, hecha la renuncia total de lo que en la herencia de su padre pudiera corresponderle, parece lógico que debe quedar exento de toda colación.

El testador que hubiere sido dos ó más veces casado, puede dejar á su mujer igual parte de herencia que la menor que deje á cualquiera de los hijos del primer matrimonio, según la Ley 48 de las Córtes de 1765 y 1766, (Ley 19, título 1.°, lib. 5.° Colec.) y lo mismo puede hacer la mujer binuba con el marido, pero admitida la herencia, debe colacionar el consorte favorecido todo cuanto por efecto de la liberalidad admitida por la ley, recibiera de su cónyuge para imputarlo á la herencia.

VIZCAYA

El Fuero de aquella región no sostiene reservas en el sentido que nos ocupa, por cuanto no existiendo una verdadera legitima, no se hace indispensable reservar bienes para igualar los de los hijos procedentes de herencia de sus padres.

Resumen.—Las reservas se sostienen en las regiones aforadas como preservativo de los bienes correspondientes á los hijos del binubo.

La colación, verdadero accidente del juicio de partición, se sienta como indispensable en nuestro Código para mantener la igualdad entre los hijos, donde existe el derecho de legítima; y siguiendo las teorías romanistas el Fuero de Navarra y la legislación catalana, sostienen también la necesidad de dicha colación; mientras que Aragón, Vizcaya y las demás regiones donde á los hijos no se les reconocen verdaderos derechos legitimarios, conceptuan innecesaria la colación obligatoria del derecho común, si bien no se declara en absoluto.

EPÍLOGO

Querríamos terminar este tomo tercero con un resumen general, técnico y conciso que demostrase en pocas líneas nuestro objeto, pero ni de tiempo disponemos para tan difícil tarea, ni la inteligencia más privilegiada puede hacer un estudio sintético de materia tan vasta en pocas palabras, mucho más cuando el trabajo que emprendimos, dadas nuestras limitadísimas facultades y el corto espacio de tiempo de que disponemos, tiene que ser necesariamente ligero y superficial, sin pretensión alguna, y mucho menos sin la de profundizar lo que sólo está reservado á superiores talentos: querríamos haber hecho un estudio analítico de varias sentencias del Tribunal Supremo, en las que se sustentan doctrinas idénticas á muchas de las vertidas en nuestro Código (1), pero de cualquier modo que sea no hemos de escusarnos de epilogar la labor que encierra este libro.

La ocupación, como uno de los modos de adquirir, ha sido en primer término objeto de nuestra atención, diferenciando en ella el hecho del derecho,

(1) Las de 11 de Mayo de 1888 sobre institucion de heredero recaida en personas torpes, cuya indignidad no puede presumirse; de 29 de Abril de 1889 sobre responsabilidad del heredero por obligaciones de su causante; de 30 de Octubre de 1888 sobre testamentos *ad cautelam*; de 29 de Febrero de 1889 sobre pensiones establecidas á favor de monasterios; de 20 de Enero de 1887 sobre condiciones inmorales; de 5 de Octubre de 1889 sobre testamento de un loco; de 27 de Abril de 1888 sobre institucion de heredero á dia cierto; de 29 de Octubre de 1888 sobre los efectos del beneficio de inventario; de 11 de Enero de 1889 sobre los testigos que deben concurrir al otorgamiento de un testamento; de 4 de Enero de 1889 sobre fideicomisos é interpretacion de últimas voluntades; de 16 de Enero de 1889 sobre herencia de usufructo é hipoteca dotal; de 8 de Noviembre de 1888 sobre reclamacion de bienes hereditarios por un heredero *ab intestato* cuyo causante murió parte testado y parte intestado; de 26 de Octubre de 1889 sobre solemnidades del testamento cerrado; de 1.° de Mayo de 1889 sobre la extension que debe darse á los llamamientos bajo la palabra hijos; de 28 de Marzo de 1889 sobre interpretacion de cláusulas claras y explícitas de un testamento; de 2 de Enero de 1889 sobre institucion á favor del confesor, del alma y aplicacion del testamento por un albacea dativo; de 16 de Enero de 1889 sobre el término prorrogado por el testador para que los albaceas ejecuten su testamento y otras.



el acto del resultado del mismo, y el amparo de la misma por el propio ocupante en las sociedades primitivas, más expuesto y menos perenne, más duro y menos razonable que el amparo que la sociedad dispensa al ocupante en las sociedades modernas. Seguimos nuestra tarea estudiando la donación como modo especial de adquirir que puede revestir diferentes formas, siendo las principales la de acto puro de libre y expontánea liberalidad, ya entre vivos, ya por causa de muerte, y la de contrato. Sostenemos lo que en nuestro entender es la donación, exponiendo sus clases y los derechos que de las mismas se derivan; pasamos luego á ocuparnos de los que pueden hacer y recibir donaciones de los efectos y limitaciones de la donación, de su revocación y reducción, sentando el principio de la irrevocabilidad en general, y presentando á la consideración de nuestros lectores, los pocos casos de revocación y reducción que tienen lugar por elevadas consideraciones de pública y social conveniencia y al efecto de no perjudicar intereses creados bajo la ley natural y la positiva.

En el vasto campo de las sucesiones entramos temerosos de perder nuestras fuerzas, y de cansar á nuestros lectores con la monotonía de nuestros pobres conceptos y de las prescripciones mil que abarca; las señalamos como único medio de adquirir la propiedad por causa de muerte ante el derecho moderno, sin que el hiperbaton especial que resulta de nuestra manera de redactar, pueda variar este concepto, que no sólo es nuestra, sino que está en la conciencia de todos, como decimos al comentar el art. 662. Dividimos esa sucesión en testada é intestada. Fijamos nuestro particular criterio, respecto de las últimas voluntades, hoy facilitadas por la ley, que deben expresarse ante el depositario de la fé pública cuando el cuerpo está sano y el espíritu tranquilo, sereno y libre de toda preocupación. Significamos quiénes tienen facultad para testar, las formas en que se puede exponer esa última voluntad, según las circunstancias y situaciones críticas de los testadores; vimos que la tendencia á la abolición de los testamentos privilegiados es general y los testamentos militares y marítimos, no envuelven ya privilegios como en lo antiguo, sino que son meramente fórmulas especiales de recojer la última voluntad del que en un peligro perece, para elevarlo á instrumento mediante la correspondiente ratificación. No expusimos en apoyo de nuestros asertos las varias sentencias del Tribunal Supremo que adelantaron la doctrina técnica y razonable, hoy sostenida sobre este particular, por no hacer difuso este pobre trabajo.

Nos ocupamos también del testamento otorgado en país extranjero, cuya tesis hace recordar casi inconscientemente las teorías del estatuto real, del personal y del formal, ó sea las que bajo nombres más modernos se conocen hoy por ley del territorio, ley personal y ley procesal; sin que tampoco entonces citásemos las sentencias que teníamos extractadas, una de las cuales no podemos menos de apuntar hoy, (ya que no la consignemos, á pesar de ser notable bajo

más de un concepto), es la de 8 de Octubre de 1888, sobre cuestión de competencia para abrir y tramitar la testamentaria de la Reina D.ª Cristina, que falleció en el Havre el año 1878, siendo viuda de Fernando VII y del Duque de Riansares. Hemos expuesto cuanto procedente aparece acerca de la revocación é ineficacia de los testamentos, sentando el principio de la revocabilidad de los mismos, porque la voluntad del hombre ambulatoria es hasta la muerte. Digimos lo que era la herencia, la institución de heredero, la sustitución, el legado en general y el condicional ó á término; hemos visto quienes son capaces para suceder por testamento y abintestato, el orden de sucesión intestada, consignando hoy como nuevo ante el derecho general, aunque conocido ya en Aragón la del cónyuge supérstite: nos hemos ocupado de las legítimas, hoy limitadas á la tercera parte del caudal hereditario ante el derecho general, ilusoria en Aragón y Navarra y reducida á la cuarta parte en Cataluña para todos los legitimarios. Hemos hecho mención de los derechos de los hijos ilegítimos, de los naturales reconocidos, de la desheredación y sus causas, y de los albaceas. Hemos seguido el estudio del Código ocupándonos del parentesco, del derecho propio y el de representación para suceder, de las líneas recta ascendiente, recta descendiente y de la transversal, sin olvidar la sucesión del Estado para aplicar el importe de los bienes herenciales á los establecimientos benéficos. Hemos dedicado una parte de nuestra insignificante labor á las precauciones que deben tomarse cuando una mujer al enviudar queda en cinta, viendo que apesar del naturalismo que suponen algunos hoy domina en todo, nuestro Código se aparta más del realismo que nuestras antiguas leyes.

Las reservas han sido tratadas lo mismo ante el derecho general, que ante el foral, viendo los argumentos favorables á su sostenimiento en el Código, y su falta de razón de ser en Aragón donde al hacerse binubo el cónyuge superstite concluye el consorcio y los hijos adquieren la plena propiedad de sus propios bienes en los que aquel conservó el usufructo únicamente durante su viudez.

El derecho de acrecer ha sido también objeto de nuestro trabajo, mirándolo siempre bajo la base de la comunidad de bienes.

La aceptación y la repudiación de la herencia las hemos considerado en lo que en sí significan y en sus efectos; ocupándonos de dos elementos importantísimos, que determinan una ú otra, esto es del beneficio de inventario y del derecho de deliberar.

Otros dos importantísimos factores de la más equitativa y justa consecuencia de la sucesión universal y único modo de adquirir por causa de muerte, han llamado poderosamente la atención de los legisladores y consignados debidamente en nuestro Código, las hemos seguido con especial atención; estos dos factores son la colación y la partición de bienes; y aunque no todos los Códigos modernos admiten de igual manera la colación, el nuestro la sienta

como necesaria regla de equidad cuando concurren herederos legitimarios para la más proporcional distribución, y la verifica bien por verdadero apartamiento, bien por computación. Y la partición con sus efectos, rescisión de la misma y el pago de la deuda hereditaria viene á terminar este libro tercero, extenso y pesado por demás, aunque plumas mejor cortadas lo comentaran.

Algunos Códigos tratan antes que de la partición del pago de las deudas herenciales, porque efectivamente, antes de partir deben pagarse las deudas, pues ese pago ha de determinar el verdadero caudal relicto para cubrir legados, y cumplir la voluntad del causante, ó sus atenciones si tal voluntad no se expresó y se trata de una sucesión intestada, pues el legatario á título universal, el heredero por virtud del testamento ó por virtud de la ley ha de pagar las deudas, ha de llevar las cargas de la herencia; y sólo satisfechas las primeras, cumplidas las segundas, es cuando procede hacer la partición; partición que no puede aplazarse, pues no cabe forzar á persona alguna para que continúe en la comunidad de una cosa, ni aun por los pactos que en contrario se hubiesen hecho. La igualdad es el alma de la repartición; por ello cuando hay lesión en más de la cuarta parte se rescinde el repartimiento, durando la acción rescisoria por tal lesión cuatro años á contar desde el dia en que se efectuó el reparto. La proporcionalidad y la equidad son elementos esenciales en la partición.

No prepondera ya en nuestro derecho el orgullo y altivez del romano que trazaba el curso que debian seguir los bienes después del fallecimiento de su último dueño: no existe ya aquella dureza de costumbres que se retrataban en aquellas leyes que consideraban como cosa á la mujer y la privaban de la sucesión de su consorte. El derecho moderno es más humano, es más técnico más filosófico y racional, y su inteligencia está al alcance de todos los que bien discurren y lo leen con los ojos de un regular criterio.

FIN DEL TOMO III

ÍNDICE

Páginas

Páginas

Páginas

Páginas



